

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
LÉGITIMATION ADOPTIVE
d'après
le « CODE DE LA FAMILLE »

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Soutenue le 15 Janvier 1941, à 14 heures.

PAR

André PAUTET

Président : M. DESSERTAUX, Professeur.

Suffragants : MM. { LOUIS-LUCAS, Doyen de la Faculté.
 { FLOUR, Professeur.



DIJON
IMPRIMERIE BERNIGAUD & PRIVAT
15, rue Bossuet, 15

1940

De la
Légitimation adoptive
d'après
Le «Code de la Famille»

LISTE DES MEMBRES DE LA FACULTÉ

MM.

P. LOUIS-LUCAS, doyen, professeur de droit civil.
M. DESSERTAUX, assesseur, professeur de droit civil.
R. JAPIOT, professeur de droit commercial.
A. GUILLOIS, professeur de droit administratif.
P. HUGUENEY, professeur de droit criminel.
F. DUMONT, professeur de droit romain.
G. CHEVRIER, professeur d'histoire du droit.
A. BLONDEL, professeur de droit international public.
J. PAOLI, professeur de droit romain.
G. BURDEAU, professeur de droit public.
A. MARCHAL, professeur d'économie politique.
A. GROUBER, professeur de droit privé.
J. FLOUR, professeur de droit civil.
GUITTON, agrégé d'économie politique.
M^{lle} FOURNIER, chargé de cours.

Professeurs et Doyens honoraires :

MM. M. DESLANDRES, M. VIGNES.

Doyen honoraire : M. A. GUILLOIS.

Secrétaire : M. VIAN.

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
LÉGITIMATION ADOPTIVE
d'après
le « CODE DE LA FAMILLE »

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Soutenue le 15 Janvier 1941, à 14 heures.

PAR

André PAUTET

Président : M. DESSERTAUX, Professeur.

Suffragants : MM. { LOUIS-LUCAS, Doyen de la Faculté.
 { FLOUR, Professeur.



DIJON

IMPRIMERIE BERNIGAUD & PRIVAT

15, rue Bossuet, 15

—
1940

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MES PARENTS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AVANT-PROPOS

En ces heures douloureuses, chacun comprend, désormais, comme le regroupement de la famille si longtemps compromis par l'égoïsme individuel et collectif et l'indifférence des pouvoirs publics est nécessaire à l'œuvre de redressement national.

Dès avant la guerre, le législateur frappé par le péril de la dénatalité s'était efforcé d'y porter remède par une série de dispositions diverses dans le décret-loi du 29 juillet 1939.

C'est de cet ensemble, intitulé « Code de la famille », que nous avons extrait la légitimation adoptive qui fait l'objet de la présente thèse.

Puisse cette institution, malgré sa rédaction hâtive et ses lacunes inévitables, atteindre le but généreux qu'elle se propose.

Rendons hommage à notre maître, M. le professeur Desserteaux, qui a, avec un inlassable dévouement, dirigé nos recherches et facilité nos développements.

A. P.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Ann. lég. étr. : Annuaire de législation étrangère publiée par la Société de législation comparée, librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 20, rue Soufflot, Paris-V^e.

D.P. : Recueil périodique et critique de jurisprudence de législation et de doctrine, publiée par la Librairie Dalloz, 22, rue Soufflot, Paris-V^e.

D.H. : Recueil hebdomadaire de jurisprudence, publiée par la même librairie.

Rev. trim. Dr. civ. : revue trimestrielle de droit civil, Librairie du Recueil Sirey, 22, rue Soufflot, Paris-V^e.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

PREMIÈRE PARTIE

BUT DE L'INSTITUTION
HISTORIQUE

De la Légitimation adoptive d'après le « Code de la famille »⁽¹⁾

Le code de la famille (décret-loi du 29 juillet 1939) a été, jusqu'ici, peu étudié par les commentateurs. Nous avons entrepris l'étude d'une des institutions les plus originales de ce code : la légitimation adoptive.

Cette institution, très neuve, et que les auteurs du décret ont organisée sans tenir grand compte des précédents étrangers ou anciens, tient une grande place dans le droit de la famille ; elle se rattache à l'organisation des moyens accordés par le législateur pour modifier, par la volonté de l'homme, la situation de famille d'une personne dans un sens favorable aux intérêts de cette personne.

Depuis longtemps, le droit contenait deux institutions tendant à ce but, mais qui ont toujours été séparées par des cloisons étanches : la légitimation et l'adoption.

(1) Voir *Chronique*, du doyen Ripert, D.H., 1940, I, p. 2.

La grande innovation du décret-loi consiste à organiser une théorie hybride, qui tient le milieu entre ces deux théories traditionnelles. L'institution nouvelle rappelle la légitimation par ses effets. Mais elle se rapproche de l'adoption par ses conditions, par le but qu'elle poursuit et les circonstances dans lesquelles elle intervient. C'est surtout l'historique de l'adoption qui peut servir à l'éclairer : elle se rattache à une réaction contre la conception étroite de l'adoption dans le Code civil et à un essai de restauration de la conception plus ample des Romains, modifiée par quelques idées propres à la civilisation moderne.

Droit romain (1)

Le droit romain a connu deux variétés d'adoption : l'adoption proprement dite et l'adrogation.

L'adrogation permettait à un chef de famille sans postérité de faire passer un autre chef de famille sous sa puissance au titre de fils légitime, afin de lui transmettre son nom et son culte domestique.

C'était là une mesure très grave : toute une famille disparaissait pour s'intégrer dans une autre. Pour ranimer un foyer, un autre devait s'éteindre. En effet, l'adrogé *sui juris* devenait *alieni juris* et tombait sous la puissance de l'adrogeant, ainsi que tous

(1) HUVELIN, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^e éd., t. I, p. 299 et suiv. ; — MONNIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 341 et suiv.

les membres de sa famille. Il devait procéder solennellement à l'abandon de son ancien culte. C'était la *detestatio sacrorum*.

Aussi, comprend-on qu'une telle opération, qui modifiait l'ordre de la cité, exigeât une enquête préalable des pontifes et un vote de l'assemblée populaire.

Les conditions de fond de l'adrogation consistaient essentiellement en un accord solennel des deux intéressés. En général, l'adrogation n'était autorisée que si l'adrogeant était plus âgé que l'adrogé et s'il ne pouvait plus espérer avoir d'enfants. Justinien fixa à 60 ans l'âge minimum de l'adrogeant qui devait avoir, en outre, 18 ans de plus que l'adrogé.

Les empereurs organisèrent, en outre, l'adrogation des impubères et des femmes que nous nous bornons à mentionner.

L'adrogation n'avait lieu à l'origine qu'en faveur des familles patriciennes. L'adoption proprement dite, au contraire, plus récente, fut plus répandue dans les classes populaires. En utilisant les principes de la mancipation et de l'*in jure cessio* détournés de leur but primitif, un chef de famille pouvait faire passer un fils de famille sous sa propre puissance. Le but recherché était approximativement le même que de nos jours pour ceux qui désirent élever un enfant et surveiller son éducation avant de se le constituer comme héritier.

Les conditions et forme étaient les suivantes (1) :

En vertu de la loi des XII tables, celui qui mancipait trois fois son fils était privé sur lui de la puissance paternelle. Le père s'adresse pour cela à un tiers complaisant qui affranchit l'enfant aussitôt qu'il lui a été mancipé. Les deux compères recommencent une deuxième mancipation suivie d'un nouvel affranchissement. Le père mancipe l'enfant pour une troisième fois : ayant épuisé les pouvoirs que lui confère la loi des XII tables, il perd à jamais la *patria potestas* sur l'enfant. Celui-ci tombe sous le *mancipium* de l'acquéreur. C'est à ce moment qu'intervient l'*in jure cessio*.

L'adoptant apparaît alors et revendique, *per sacramentum* l'enfant comme son fils contre l'acquéreur. Celui-ci interrogé par le magistrat acquiesce ou se tait (*in jure cedit*). L'adoptant triomphe, le magistrat rend une *addictio* qui lui confère la puissance sur l'adoptant.

Gaius nous indique un second procédé plus simple qui supprime le rôle du premier compère que remplace alors l'adoptant.

Après la troisième mancipation, l'adoptant remancipe l'enfant au père. A ce moment, l'enfant ne retombe plus sous la puissance paternelle puisqu'il a été vendu trois fois. Il est seulement *in mancipio*. L'*in jure cessio* intervient alors entre l'adoptant et le père comme dans le cas précédent.

(1) GAIUS, *Commentaires*, I, n° 97-133 et suiv.

Étant donnée la procédure de l'adoption, l'on peut dégager immédiatement les effets :

L'adopté est, par hypothèse, un *alieni juris*, car un *sui juris* est insusceptible de mancipation. Ce peut être un impubère ou une femme. La procédure est alors simplifiée, puisque pour la fille, le petit-fils ou la petite-fille une seule mancipation suffit.

L'adopté, le plus souvent, n'est pas marié et n'a pas encore d'enfant. Mais, serait-il dans cette situation, sa famille ne tombe pas alors sous la puissance de l'adoptant ; elle reste sous celle du *pater familias* d'origine.

Évidemment, le mariage de l'adopté postérieurement à l'adoption produit les résultats opposés. Quant aux biens, il y a peu de remarques à faire. L'*alieni juris* n'a pas de patrimoine. Les seules conditions de fond étaient l'accord entre l'adoptant et le père de l'adopté. L'adopté lui-même était un incapable, on ne lui demandait pas son consentement.

Justinien apporta des réformes profondes au système de l'adoption ; les formes furent simplifiées : désormais, le père naturel et le père adoptif se présentent devant un magistrat qui enregistre leur accord. Mais la véritable innovation de Justinien fut d'exiger le consentement de l'enfant (1).

D'autre part, Justinien distingue deux catégories d'adoption :

L'*adoptio plena*, analogue à celle de droit classique

(1) C., II, 8, 47.

et qui produit les mêmes effets, n'est permise qu'à l'adoptant qui est déjà un ascendant de l'enfant.

L'*adoptio minus plena*, au contraire, a lieu chaque fois que l'adoptant est un étranger. Ce n'est guère une adoption que de nom, car l'enfant reste soumis à la puissance de son père et conserve tous ses droits dans sa famille naturelle. Il acquiert seulement certains droits de succession à l'égard de son père adoptif.

Le droit romain connaissait encore une adoption testamentaire sur laquelle nous ne possédons que peu de renseignements. Elle consistait, vraisemblablement, à transmettre à un héritier son nom et sa fortune à condition qu'il entrât dans la famille du défunt en qualité de fils. Mais comme les effets ne se produisaient qu'à la mort de l'adoptant, celui-ci n'acquerrait jamais la *patria potestas* sur l'adopté dont les liens avec la famille d'origine n'étaient sans doute pas rompus.

Si l'on excepte les deux cas précédemment étudiés : l'*adoptio minus plena* de Justinien et l'adoption testamentaire, on peut dire que l'adoption et l'adrogation conduisent à une imitation de la nature.

En effet, qu'il sorte de la pleine capacité comme l'adrogé ou de la puissance de son père naturel comme l'adopté, l'enfant passe sous la puissance paternelle de l'adoptant ou de l'adrogeant et ceci produit les résultats les plus absolus : les *sacra* de sa nouvelle famille deviennent ses *sacra*. Il est l'*agnat* et le *gentilis* de tous les *agnats* et de tous les *gentiles*

de son nouveau *pater familias*. Il est assimilé à sa nouvelle famille, même, le cas échéant, à l'égard des ascendants de son adoptant. De plus, pour que la fiction copie de plus près la nature, a-t-on exigé que l'adoptant ou l'adrogéant ait 18 ans de plus que l'adopté ou l'adrogé.

Enfin, pour ne pas nuire aux intérêts des enfants légitimes, l'on exigeait que l'adoptant soit sans enfants et à un âge assez avancé pour ne plus espérer en avoir.

Inversement, l'adrogé, comme l'adopté, étaient à jamais exclus de leur famille d'origine (1) : l'adrogé avait renoncé publiquement au culte de ses ancêtres ; l'adopté avait été vendu par son père qui s'était dessaisi purement et simplement de tous droits sur lui.

Ancien droit

droit intermédiaire et contemporain

Dans l'ancien droit, l'adoption disparut rapidement, aussi bien dans les pays de coutume que dans ceux du droit écrit. On est surpris de voir disparaître ainsi une institution et, de ce fait, la cause en est assez mystérieuse.

Après l'avènement du Christianisme, le culte des ancêtres avait disparu et l'adrogation n'avait plus sa raison d'être. Mais restait l'adoption. Il est re-

(1) Nous préférons l'expression « famille d'origine » à celle de « famille naturelle », dont se sert le code, qui prête à confusion.

marquable qu'en toute époque l'Église se soit toujours désintéressée de la question. La famille telle qu'elle la concevait était celle issue du mariage et, seule, la légitimation, au sujet de laquelle elle intervint fréquemment, permettait d'introduire dans la famille un enfant conçu en dehors du mariage. Mais la communauté de sang qui rattachait cet enfant aux auteurs de la légitimation, jointe à la puissance du sacrement qui intervenait à l'occasion du mariage subséquent des parents, permettait cette assimilation. Au contraire, l'enfant étranger par le sang aux personnes qui assument la charge de l'élever était considéré comme le bénéficiaire d'un acte charitable, mais sans que cette circonstance pût influencer le moins du monde sur sa condition juridique.

L'adoption n'ayant aucune source dans notre ancien droit, il fallut attendre que la Révolution par imitation du droit romain l'exhumât de l'oubli où elle était tombée. Lors de la rédaction du Code civil, le principe de l'adoption fut vivement attaqué, malgré les efforts du premier consul qui aurait voulu rétablir l'adoption romaine dans son intégrité. L'adoption n'était plus possible qu'en faveur d'un majeur. L'adoptant devait avoir au moins 50 ans d'âge et 15 ans de plus que l'adopté ; conditions qui, à quelques chiffres près, rappelaient les conditions romaines.

De même, il devait être sans postérité légitime. Pour que l'adoption ne se fît qu'après mûres réflexions de la part de l'adoptant, on exigeait qu'il

eût fourni, pendant six ans, des soins à l'adopté au cours de sa minorité.

Le code apportait une dérogation à ces principes dans deux hypothèses : la première visait l'adoption rémunératoire : lorsque l'adopté avait sauvé la vie de l'adoptant « du combat des flammes ou des flots ». On exigeait alors que l'adopté fût plus jeune que l'adoptant.

La seconde consistait dans la tutelle officieuse, institution qui permettait l'adoption testamentaire dans un cas spécial. La disposition testamentaire comportant adoption du pupille mineur, était valable si le tuteur officieux décédait avant la majorité du pupille, après plus de cinq ans d'exercice de cette tutelle.

Les conditions de forme consistaient en un contrat passé devant le juge de paix et homologué par le tribunal et la Cour.

Quant aux effets de l'adoption, ils étaient tout différents de ceux du droit romain ; l'adopté étant majeur il ne pouvait tomber comme l'adrogé romain sous la puissance de celui dont il prenait le nom, avant de recueillir l'héritage, car cela eût été trop contraire à nos principes en matière de capacité. Par cela même, ses liens avec sa famille d'origine ne recevaient aucune atteinte et, ce qui était symbolique, c'est qu'au lieu de changer de nom purement et simplement, il ajoutait le nom de l'adoptant au sien propre.

L'adoption faisait donc fictivement de l'adopté un enfant légitime de l'adoptant au point de vue

patronymique et successoral et encore à ce dernier point de vue l'assimilation n'était pas complète, car la vocation successorale entre l'adoptant et l'adopté n'était pas réciproque ; l'adoptant n'était pas héritier *ab intestat* ni réservataire de l'adopté. Il pouvait seulement exercer un droit de reprise sur les biens donnés par lui et qui se retrouvaient, en nature, à la mort de l'adopté ou de sa postérité ; à charge de contribuer aux dettes et sans préjudice du droit des tiers.

Lès descendants de l'adoptant pouvaient exercer la même reprise sur ses biens provenant de lui, recueillis ensuite par l'adopté, mort lui-même sans postérité, et conservés dans les mêmes conditions. C'est un cas de succession anormale. Enfin l'adopté n'a aucun lien de parenté avec les ascendants de l'adoptant (Article 350 ancien).

Le système du Code civil présentait, entre autres inconvénients, celui capital d'empêcher l'adoption des mineurs. L'institution perdait du coup presque tout intérêt pratique, aussi les adoptions, à cette époque et jusqu'à la réforme de 1923, furent-elles extrêmement rares. Le plus souvent, elles n'avaient pour but que de légitimer indirectement un enfant naturel ou encore de frauder le fisc afin de payer les droits de succession moins élevés. Le vœu de nombreux ménages ou personnes sans postérité était de s'attacher à un enfant en bas âge dont ils assureraient l'éducation plutôt qu'un majeur sur lequel ils ne pourraient exercer aucune influence. C'est ce

qui détermina, au lendemain de la guerre qui avait fait de nombreux orphelins, la réforme apportée à l'adoption par la loi du 19 juin 1923. Les mineurs peuvent désormais être adoptés ; telle est la réforme essentielle de la loi qui supprime également l'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire, ainsi que la nécessité de soins, pendant six ans, de l'article 345.

Par la force des choses, un problème se pose sur la question du partage des prérogatives sur la personne de l'enfant, entre la famille d'origine de celui-ci et le ménage ou la personne adoptante. Tout en conférant à l'adoptant la puissance paternelle et le droit de consentir au mariage de l'enfant mineur, attributs nécessaires à ceux qui assument la charge d'une éducation, la loi déclarait, dans l'article 352, que « L'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits ». On pourrait ajouter « tous ses devoirs ». C'est, d'ailleurs, ce qu'exprimait l'article 356 qui décidait que l'obligation alimentaire continue d'exister à la charge de l'adopté vis-à-vis de ses parents. Vocation successorale, obligation alimentaire, voilà ce qui lie donc encore l'adopté à sa famille d'origine. Il est à peine besoin d'ajouter que les nouveaux empêchements au mariage de l'article 354, que lui vaut sa situation d'adopté n'excluent pas ceux résultant de l'article 161.

Même à Rome, où l'adopté cessait de faire partie de son ancienne famille, les résultats étaient analogues à ce point de vue ; car la *cognatio* subsistait. La

loi de 1923 conférait donc, désormais, des pouvoirs assez étendus à l'adoptant sur la personne de l'adopté mineur. Cette innovation souleva des critiques qui avaient déjà été émises lors de l'élaboration du régime de l'adoption à l'époque du Code civil : on ne consentait pas sans répugnance à voir un enfant arraché à sa famille pour des motifs qui n'étaient pas toujours louables pour passer sous la puissance d'étrangers. Pour parer à cette appréhension, l'article 343 posait le principe « que l'adoption ne peut avoir lieu que si il y a de justes motifs et si elle présente des avantages pour l'adopté ». Le tribunal saisi à fin d'homologation avait, d'ailleurs, un pouvoir d'appréciation souverain sur ces « justes motifs », puisqu'il se prononçait pour ou contre l'adoption sans avoir à énoncer les motifs de sa décision. De plus, le mineur de plus de 16 ans devait donner son adhésion personnelle à l'opération à intervenir. Enfin, dernier remède : l'adoption pouvait, en vertu de l'article 370, être révoquée pour causes graves par le tribunal, à la demande de l'adoptant ou celle de l'adopté, et cet article stipule *in fine* que la déchéance de la puissance paternelle est applicable aux parents adoptifs.

En revanche, la loi de 1923 n'accordait pas des droits plus étendus dans la famille de l'adoptant : de même la succession de l'adopté continuait à n'être jamais dévolue à l'adoptant et à ses parents.

Décret-loi de 1939 (1)

Avec le décret-loi du 29 juillet 1939, connu sous le nom de « code de la famille », nous arriverons au seuil de notre étude.

En effet, le chapitre II de ce décret entreprend le remaniement complet du titre VIII du code civil relatif à l'adoption. Le titre VIII nouveau est intitulé ainsi : « De l'adoption et de la légitimation adoptive ». Un premier chapitre contient les anciennes dispositions du code remanié par la loi de 1923 avec plusieurs adjonctions et modifications dont l'exposé terminera notre préambule historique. Le chapitre II : « De la légitimation adoptive », fait l'objet de la présente thèse. Mais, pour la clarté de la compréhension, ces deux textes, à raison de leur unité d'inspiration, ne peuvent être examinés séparément.

On a réduit à dix ans la *différence d'âge* exigée entre les deux, lorsque l'adopté est l'enfant du conjoint de l'adoptant. Le chef de l'État a même encore la faculté de réduire ce chiffre. La loi de 1923 contenait une grave lacune : l'administration des biens de l'adopté mineur n'avait pas été prévue. Le décret de 1939 distingue entre l'adoption par deux époux et l'adoption par une seule personne :

Y a-t-il adoption par deux époux ? — Ceux-ci

(1) Voir ESMEIN, *Semaine juridique*, nov.-déc. 1939, nos 48-49, dissertation n° 128.

sont investis de l'administration légale au même titre que les père et mère légitimes.

Y a-t-il adoption par une seule personne ? — Celle-ci est investie de la tutelle légale au même titre que le survivant des père et mère légitimes.

Modification concernant *le nom* :

Sous l'empire du Code civil, l'adopté ajoutait à son nom patronymique le nom de son adoptant. Ensuite, en vertu d'une loi du 13 février 1909, s'il s'agissait d'un enfant naturel non reconnu, le consentement des parties aboutissait à ce que l'adopté prenne, purement et simplement, le nom de l'adoptant. La loi de 1929 décidait que, lorsque les deux parties possédaient le même nom patronymique, aucune modification n'était à porter au nom de l'adopté. Durand adopté par Durand ne s'appellera pas Durand-Durand.

Le décret-loi de 1939 apporte un principe nouveau ; le mineur de 16 ans prend purement et simplement le nom de l'adoptant à moins qu'il n'en soit décidé autrement par le tribunal. Il en sera de même lorsque la personne adoptante est une femme mariée ; si tel est le consentement du mari, l'adopté prendra le nom de celui-ci.

Le tribunal pourra se prononcer dans son jugement sur l'opportunité du changement de nom de l'adopté.

L'ancien et le nouveau nom de celui-ci doivent figurer dans le dispositif du jugement.

Lors de la transcription sur le registre de l'état-civil, le nouveau nom de l'intéressé figure avec la

mention de l'adoption en marge de son acte de naissance.

Modification concernant *la révocation* : aux termes de l'article 367 nouveau, aucune demande de révocation n'est admise lorsque l'adopté est encore âgé de moins de 13 ans.

Modification au régime *de succession anormale* : aux biens cédés par l'adoptant à l'adopté décédé sans postérité légitime : d'après l'article 357 nouveau : ces biens « ...retournent à l'adoptant ou à ses descendants, *même adoptifs...* » (cela vise donc les autres enfants adoptifs du même individu et non plus seulement les enfants légitimes qu'il aurait postérieurement à l'adoption).

D'autre part, il est stipulé qu'à défaut de descendants « le conjoint survivant de l'adoptant, s'il a participé à l'adoption a un droit d'usufruit sur lesdits objets ».

De ces dispositions diverses, les unes telles que l'organisation de l'administration des biens de l'adopté, calquée sur l'administration légale des père et mère, ne font que combler les lacunes de la loi de 1923, mais ne donnent pas à l'adoption une physionomie nouvelle. Il en est déjà différemment des modifications concernant le nom, la révocation et le régime du retour légal des biens de l'adoptant, car elles tendent à affermir les liens de la famille adoptive.

Mais nous avons passé, jusqu'ici, sous silence, une disposition nouvelle d'une importance capitale

à notre avis puisque, grâce à elle l'adoption fait un audacieux retour offensif vers les conceptions romaines :

Article 352 nouveau : « Nonobstant les dispositions de l'alinéa premier de l'article précédent (article 351, alinéa 1 : l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits), le tribunal en homologuant l'acte d'adoption, peut, à la demande de l'adoptant et s'il s'agit d'un mineur de 21 ans, décider après enquête que l'adopté cessera d'appartenir à sa famille naturelle sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161, 162, 163, 164 du présent code. Dans ce cas, aucune reconnaissance postérieure à l'adoption ne sera admise ; d'autre part, l'adoptant ou le survivant des adoptants pourra désigner à l'adopté un tuteur testamentaire ».

Ainsi donc, l'exclusion pure et simple de l'adopté de sa famille d'origine si violemment combattue lors de l'élaboration du Code civil et qui ne parvint pas à triompher lors de la réforme de 1923, fait son entrée discrète à la faveur d'un décret-loi. Sans doute, elle ne se produit pas de plein droit, elle n'interviendra qu'à la demande de l'adoptant et ne sera décidée qu'après enquête par le tribunal au moment de l'homologation. Ses résultats ne seront pas moins absolus : aucune reconnaissance postérieure à l'adoption ne sera admise, ce qui vise l'hypothèse d'un enfant non reconnu au moins par un de ses auteurs. Mais le serait-il, serait-il même un enfant parfaitement légitime, l'exclusion sera possible.

L'article 355 en tire cette conclusion logique que l'obligation alimentaire, qui demeure à titre subsidiaire entre l'enfant et ses parents d'origine et, réciproquement, en cas de défaillance de l'adoptant, cesse d'exister en pareil cas.

Quant à la réserve des prohibitions au mariage des articles 161 à 164, elle aurait pu, à la rigueur, être sous-entendue. Elle ne fait qu'affirmer davantage l'effet absolu de l'exclusion en en montrant l'extrême limite. A Rome, même en cas d'adoption, il en était ainsi, la *cognatio* subsistait.

Quelle évolution s'était-il donc produit dans les esprits pour aboutir à une solution si radicale ?

Précisons d'abord que l'on n'a pas envisagé la réforme du système de l'adoption en général ; on a seulement affirmé qu'en certains cas, il y aurait un intérêt urgent à rompre les derniers liens qui rattachaient l'adopté à sa famille d'origine afin de procurer à l'adoptant le monopole de l'éducation de l'enfant. L'adoptant était pourtant déjà investi de la puissance paternelle, à première vue on se demande ce qui lui manquait pour venir à bout de sa tâche. Et pourtant, il était souvent contrarié dans cette tâche par l'intervention des parents naturels de l'enfant qui, supposons-le tout de suite, étaient des gens peu recommandables. En effet, le code en investissant l'adoptant des prérogatives suffisantes pour diriger l'éducation de l'adopté mineur les avait tout naturellement retirées aux parents naturels de l'enfant parce qu'aucun partage n'était

possible, mais il n'avait jamais pensé à retirer à ces parents naturels le droit de visite. Une telle disposition paraissait superflue ou en tout cas bien inhumaine et en pratique les tribunaux accordaient ce droit de visite (1). Il n'en fallait pourtant pas davantage pour que le maintien des rapports entre l'enfant et ses parents par le sang, auxquels il devait toujours honneur et respect, vienne détruire tous les efforts de l'adoptant qui avait déjà beaucoup de mal à réprimer chez son protégé un dangereux atavisme. Par ailleurs, en supposant l'éducation achevée et menée à bien, l'adopté lui-même, devenu majeur, devrait se débattre à son tour contre les entreprises de sa famille d'origine qui demanderait à partager avec lui les profits matériels qu'il avait reçus de l'adoptant en acquérant une situation avantageuse ou en recueillant son héritage.

Cette famille, dont il a répudié le nom et qui parfois lui fait honte, aura recours à tous moyens de chantage possible ; il en est un, en particulier, que la loi procure : c'est assigner l'enfant en paiement d'une pension alimentaire.

Une idée qui milite aussi en faveur de l'exclusion, c'est qu'en bien des cas il n'est pas souhaitable pour des raisons de *moralité* qu'un enfant naturel soit élevé par ses auteurs. S'ils vivent en concubinage régulier, l'enfant s'apercevra un jour que cette

(1) Req. 10 mai 1939 : D.H., 39, p. 370 ; *Gaz. Pal.*, 24 juin, commenté dans *Rev. trim.*, 1939, p. 728.

union est illégitime. S'ils vivent séparément, ils n'exerceront plus l'un sur l'autre ce contrôle mutuel qui, pour la bonne éducation de l'enfant, est un gage de sécurité. Enfin, élevé hors du cadre de la famille légitime, il est à craindre que, devenu adulte, il pratique, à son tour, l'union libre, à l'exemple de ses parents, et la société a tout à craindre d'une pareille contagion dans les mœurs.

Pour arracher l'enfant à ce milieu, une occasion excellente s'offre lorsqu'une personne ou de préférence un ménage honorable consent à l'adopter. Le législateur de 1939 a jugé opportun d'en profiter pour rompre les liens avec la famille naturelle, réalisant ainsi une œuvre incontestable d'hygiène morale. Il est regrettable qu'il n'ait pas décidé qu'une adoption de ce genre serait irrévocable. De là une source d'inconvénients sur lesquels nous reviendrons par la suite.

Il est un cas particulièrement inquiétant, c'est celui où il s'agissait d'un enfant naturel non reconnu par ses deux auteurs. Ceux-ci, une fois l'adoption prononcée, par avidité ou par pure malice, s'empresaient de procéder à la reconnaissance de paternité ou de maternité et exerçaient alors sur l'adoptant d'ignobles marchandages. C'est à cette hypothèse que le législateur de 1939 fait allusion lorsqu'il décide dans l'article 352 qu'aucune reconnaissance postérieure à l'adoption ne sera admise, lorsque le tribunal aura décidé, après enquête, que l'enfant cessera d'appartenir à sa famille naturelle. A la

lecture du texte, la prohibition de reconnaître un tel enfant semble n'être qu'un corollaire logique de l'exclusion prononcée. En réalité, c'est bien là, tout au contraire, le mobile qui a inspiré la rédaction de cet article. Pratiquement, le tribunal prononcera presque toujours l'exclusion lorsque l'enfant est illégitime et n'a pas été reconnu par aucun de ses auteurs. Lorsque, à l'inverse, il l'aura été, ne fut-ce que par un seul, ou si à plus forte raison c'est un enfant légitime, le tribunal ne se décidera vraisemblablement à cette mesure qu'en cas de déchéance de puissance paternelle prononcée contre ces parents.

Une autre conséquence de l'exclusion, c'est la nomination possible d'un tuteur testamentaire par l'adoptant en prévision de son décès.

En effet, aux termes de l'article 351 (352 ancien), en cas de décès de l'adoptant ou du survivant des adoptants conjoints, la puissance paternelle revient de plein droit aux ascendants de l'adopté. C'est pour éviter cette conséquence que l'on a édicté cette nouvelle disposition ; l'exclusion prononcée devant être définitive. Nous étudierons par la suite jusqu'où porte cette exclusion.

Comment apparaît la légitimation adoptive

Au point où nous en sommes, une idée s'impose à l'esprit : ayant fait un premier pas vers l'assimilation complète de l'adopté à l'enfant légitime, en rompant ses liens avec son ancienne famille, pourquoi

ne pas franchir la dernière étape en accordant à cet adopté, dans sa nouvelle famille, tous les droits d'un enfant légitime? C'est là, à n'en pas douter, le but recherché par les créateurs de la légitimation adoptive, mais, comme nous le verrons, ils ont hésité et se sont arrêtés en chemin : au lieu de réformer l'adoption dans ce sens, ils ont créé une institution similaire qu'ils ont assortie de conditions spéciales et dont les effets restreints ne réalisent pas l'assimilation pure et simple. Que signifie d'abord l'expression de « légitimation adoptive » ? Avant de lire les textes qui la concernent, on pourrait croire qu'il s'agit d'une mesure destinée à procurer à un enfant illégitime, par l'effet de l'adoption, la condition d'enfant légitime de tel homme ou de telle femme, institution dans le genre des *lettres de légitimation* de l'ancien droit, sans exiger le mariage subséquent des père et mère.

C'est, en réalité, quelque chose de tout différent comme nous n'allons pas tarder à le voir.

Le désir de prendre modèle sur la légitimation ordinaire n'est pas douteux : il suffit de comparer la rédaction de l'article 370 nouveau à celle de l'article 333.

Il est dit, en ces deux termes, que l'enfant envisagé : « a les mêmes droits que s'il était né du mariage ».

L'alinéa premier de l'article 370 contient donc le principe : l'enfant légitimé par adoption a les mêmes droits que l'enfant légitimé par mariage subséquent, les alinéas suivants ne visent que des exceptions.

Mais si l'idée de légitimation ordinaire sert d'image, elle n'est qu'un but à atteindre ; l'on s'arrêtera, d'ailleurs, en chemin. Au contraire, lorsqu'on lit les conditions de la légitimation adoptive, on s'aperçoit bien vite qu'on est beaucoup plus dans la sphère de l'adoption que celle de la légitimation. Au cours des siècles, quelle qu'ait été la procédure employée, les liens du sang existaient entre le ou les légitimants et le légitimé : c'étaient l'oubli d'une tache, le pardon d'une faute. Grâce à la purification du mariage ou au bienfait du prince, l'enfant, que sa naissance irrégulière mettait en marge de la société, y trouvait désormais une place meilleure. Ici rien d'analogue ; l'enfant qui doit bénéficier de la légitimation adoptive doit avoir moins de 5 ans et être de parents inconnus. Qu'il soit dans la majorité des cas un enfant naturel, c'est bien vraisemblable. Mais les époux qui le recueillent n'ont pas de faute à réparer ; tout au contraire, ils accomplissent un acte louable dont même moralement ils n'étaient jamais tenus. Aussi, ce n'est pas l'idée de légitimation qui nous servira de point de départ. Mais si nous reprenons notre exposé précédent, l'on comprend à merveille l'intention du législateur ; choisir un enfant en bas-âge abandonné par ses parents et le remettre à une honnête famille qui l'élèvera comme le sien. Pour que cette véritable « greffe » réussisse, le législateur a exigé que la légitimation adoptive soit demandée par deux époux non séparés de corps. De cette façon, l'enfant trop jeune pour garder

quelque souvenir de son passé apprendra, comme l'enfant légitime, à connaître un père et une mère qui pourront ainsi, s'ils le désirent, lui faire ignorer longtemps le mystère de sa naissance.

Rendons ici hommage aux rédacteurs du décret d'avoir parfaitement compris que la constitution d'une famille complète et l'organisation rationnelle d'une éducation supposent un mariage et la collaboration d'un homme et d'une femme : les deux guides donnés à l'enfant vivent en commun, en accord avec la morale et la loi. Ils exercent l'un sur l'autre ce contrôle mutuel dont l'absence est si souvent à déplorer chez les concubins. L'homme n'est pas uniquement au foyer pour assurer la subsistance des siens, il est là aussi pour les protéger contre les violences et les séductions du dehors. La femme, seule capable de donner à un enfant les soins maternels de tous les instants, surveille de plus près sa moralité et lui inculque des principes de religion.

L'enfant se trouve donc dans une situation qui rappelle assez, toute idée de réparation mise à part, celle d'un enfant légitimé et il est bien naturel que le législateur ait fait ce rapprochement. Sans doute, la légitimation adoptive ne transforme pas un lien naturel en un lien légitime puisque les légitimants par adoption ne sont pas les auteurs de l'enfant. Mais de même que la légitimation ordinaire, elle est irrévocable, ce qui l'écarte de la conception de l'adoption. Le passage de l'idée de légitimation

ordinaire à celle de légitimation adoptive est d'ailleurs plus aisé qu'il ne paraît :

Supposons le stratagème suivant, que n'aurait pas repoussé l'ingéniosité des anciens Romains : deux époux sans postérité, et désireux à tout prix de s'en assurer une, recueillent un enfant abandonné qu'aucun père ni mère ne revendique, et le présentent aux magistrats comme leur enfant commun né antérieurement à leur mariage. Le tribunal que l'on suppose victime de cette supercherie, procède à cette légitimation *post nuptias* au moyen d'un *jugement de légitimation*.

Supposons maintenant que le législateur conscient de ce stratagème qui aurait passé dans les mœurs se l'approprie : il qualifie la légitimation *d'adoptive* pour lui donner son véritable sens ; en même temps, il l'assortit de quelques restrictions telles que la nécessité de l'assentiment de certains membres de la famille des légitimants pour obtenir plein effet. Voilà quelle eût été notre institution à une époque où le législateur, imbu de formalisme, intervenait rarement, et de crainte de heurter de front les principes en conservait soigneusement les apparences chaque fois qu'il édictait une réforme. Le législateur moderne n'a plus ces préjugés et n'a rien à feindre. Néanmoins, cette construction de stratagème supposé permet de se faire une idée d'ensemble de notre institution.

De la façon dont on envisage la légitimation adoptive, tout se passe comme si les liens du sang existaient

entre le légitimé adoptif et les légitimants par adoption.

C'est cette conception de liens du sang fictifs, mais absolus, et irréfragables, qui explique que le législateur n'a pas jugé nécessaire d'affirmer que l'enfant sera en tous les cas et de plein droit exclu de sa famille d'origine ; ces parents *inconnus* et qui devront le demeurer toujours. En effet, la fiction des liens du sang ne pourrait avoir un fondement solide si elle pouvait être à tout instant révélée, contredite par la démonstration des faits. Nous préciserons, plus loin, cette notion de « *parents inconnus* ».

Le titre VIII du livre I du Code civil l'intitule désormais : « De l'adoption et de la légitimation adoptive ». Par la place qui lui est désormais assignée, notre institution apparaît bien comme une adoption élargie qui laisse cependant subsister son ancien modèle et notre introduction historique trouve ici sa justification.

Mais bien que partie d'une toute autre base, elle rejoint la légitimation dans une partie de ses effets, et en lui donnant ce nom, les rédacteurs du décret-loi ont jugé plus commode d'établir une comparaison dans un texte très bref qui contient trois articles seulement, que d'étudier les différentes applications de ces nouveaux principes. C'est cette tâche que nous allons entreprendre et qui fait l'objet de la présente thèse.

DEUXIÈME PARTIE

ÉTUDE DE L'INSTITUTION
EN ELLE-MÊME

CHAPITRE PREMIER

Conditions de fond

Ces conditions ont trait :

- 1^o à l'enfant,
- 2^o aux époux légitimants (1) par adoption,
- 3^o à l'existence de justes motifs et d'intérêts pour l'enfant ainsi qu'à certains consentements.

§ 1. *L'enfant*. — Aux termes de l'article 368, la légitimation adoptive n'est permise qu'en faveur d'un enfant de moins de 5 ans dont les parents sont inconnus. L'enfant abandonné, pupille de l'Assistance publique, est assimilé à l'enfant dont les parents sont inconnus.

La question *de l'âge* ne soulève pas de copieux commentaires : la preuve s'en fera le plus souvent au moyen de l'acte de naissance. S'il s'agit d'un

(1) Ce terme de « légitimant » est un néologisme que nous proposons, parce qu'il paraît seul convenir pour désigner cette situation nouvelle.

enfant trouvé, la preuve se fera au moyen du procès-verbal dressé par l'officier de l'état-civil, énonçant son âge apparent.

A titre transitoire, pendant un an à partir de la publication du décret, les enfants déjà adoptés peuvent bénéficier de la légitimation adoptive s'ils ont moins de 16 ans et si, par ailleurs, toutes les autres conditions se trouvaient être remplies. La notion de « *parents inconnus* » mérite, au contraire, plus d'attention :

Deux hypothèses se présentent : ou bien l'acte de naissance porte la mention « père et mère inconnus » ou « non dénommés », ou bien ceux-ci ne sont pas mentionnés dans l'acte (cf. art. 57, § 1, C. civ. modifié par L., 7 fév. 1924), ce qui suppose que les deux auteurs de l'enfant, père et mère naturels, presque toujours, ont laissé volontairement ignorer leur identité.

Ou bien il s'agit d'un enfant trouvé ; sous-distinguons : les auteurs de l'enfant l'ont abandonné volontairement en un lieu quelconque et nous retombons dans un cas très voisin du précédent. Mais il se peut aussi que l'enfant ait été victime d'un rapt criminel ou bien qu'il ait été séparé de ses parents par des circonstances tragiques telles qu'un sinistre ou la guerre. En ce cas, il est très possible qu'il soit réclamé un jour par la famille légitime et honorable à laquelle il appartient. Ou bien on retrouvera un jour son état-civil complet, rédigé en bonne et due forme, dans une municipalité très éloignée de

celle où il a été trouvé. Tous ces enfants peuvent-ils faire, sans distinction, l'objet d'une légitimation adoptive ou ne convient-il pas de distinguer entre ces diverses catégories ?

Pour les premiers, aucune hésitation n'est permise : en s'abstenant volontairement de se faire connaître, les auteurs de l'enfant se sont désintéressés du sort de celui-ci, même s'ils contribuent à l'élever d'une façon clandestine. Il ne faut pas que la perspective d'un repentir tardif sous la forme d'une reconnaissance vienne mettre obstacle à une légitimation adoptive par une famille honorable. Nous avons vu qu'aux termes de l'article 352, si un enfant est adopté, le tribunal, à la demande de l'adoptant, peut exclure l'enfant de sa famille naturelle et qu'en ce cas aucune reconnaissance postérieure à l'adoption ne sera admise.

En cas de légitimation adoptive, cette exclusion a lieu de plein droit, de même pour la conséquence qui en résulte (1).

L'assimilation, que fait l'article 368, de l'enfant abandonné, pupille de l'Assistance publique, à l'enfant dont les parents sont inconnus, précise, d'ailleurs, ce qu'il faut entendre par cette expression : le pupille de l'Assistance publique peut être un enfant trouvé ; cependant il n'en est pas toujours ainsi : ce peut

(1) Il est cependant regrettable que cette exclusion ne soit pas formellement mentionnée : V. *Chronique* du doyen RIPERT, D.H., 11 janvier 1940. Selon cet auteur, la reconnaissance ultérieure ne saurait être alors interdite.

être un enfant naturel ou légitime que les parents, par indignité ou par extrême misère, ont confié à cette institution ; ce peut être également un enfant dont les parents ont été déchus de la puissance paternelle.

En décidant ainsi, le législateur prononce, contre ces auteurs réellement connus, une déchéance plus vaste encore que celle de la puissance paternelle ; c'est, si l'on peut dire, une « déchéance de parenté » dont les effets sont extrêmement étendus puisque de la parenté d'origine, seuls subsistent les articles 161 à 164 relatifs aux empêchements au mariage.

Examinons maintenant la situation de l'enfant trouvé : comme nous l'avons expliqué plus haut, il se peut que cet enfant ait été abandonné volontairement par ses auteurs. Mais un doute plane sur son origine. Qu'adviendrait-il si, quelques années plus tard, une famille séparée de son enfant à la suite d'un naufrage, par exemple, le retrouvait légitimé par adoption dans une autre famille ? La légitimation, en principe, étant irrévocable, la famille véritable devrait-elle s'incliner ?

Ce serait bien dur : les parents victimes d'un sinistre ou d'un acte criminel n'avaient jamais mérité pareille disgrâce. A un autre point de vue, l'enfant peut avoir été recueilli par un ménage honnête, sans doute, mais humble, alors que ses parents appartenaient à la classe aisée. L'équité comme le simple bon sens exigent que la situation antérieure soit rétablie. Nous reviendrons sur cette question à

propos de l'annulation de la légitimation adoptive.

De tout ce qui précède, le terme de « parents inconnus » s'entend des inconnus *nunc et semper* : inconnus au jour de la légitimation par leur dissimulation volontaire ; inconnus à jamais dans l'avenir parce qu'il est à présumer qu'ils persévéreront dans leur secret et parce que la loi intervient pour les empêcher de se dévoiler. Quant aux inconnus *nunc tantum*, la légitimation de leur enfant est frappée à sa base d'un vice qui en permettra peut-être un jour l'annulation. Il est probable d'ailleurs que le tribunal refusera toujours de prononcer cette légitimation lorsqu'il aura des raisons de croire que les auteurs de l'enfant, éloignés malgré eux de celui-ci, viendront un jour à se révéler.

§ 2. *Les époux légitimants par adoption.* — L'adoption par deux époux avait toujours été admise ; en fait elle était devenue courante, mais elle n'était pas nécessaire. Au contraire, nous avons vu que dans son désir d'imiter parfaitement la nature, le législateur a tenu à ce que l'enfant légitimé par adoption possède ainsi un père et une mère. Cette nouvelle famille pour remplir dignement sa tâche doit être unie ; aussi exige-t-on deux époux non séparés de corps. (Remarquons, au passage, que le consentement du conjoint, toujours nécessaire en matière d'adoption, n'est plus exigé en cas de séparation de corps.)

Pourquoi en notre matière le consentement du

conjoint n'eut-il pas suffi en admettant que le légitimant adoptif soit une personne mariée ? C'est que l'image recherchée de la filiation légitime ne serait pas absolument exacte :

De même que l'enfant adopté par un célibataire pourrait donner l'illusion d'un enfant naturel, l'enfant légitimé dans ces conditions figurerait, vis-à-vis du conjoint du légitimant, comme un enfant d'un autre lit. D'autre part, un consentement n'est qu'une attitude passive. Au contraire, une légitimation demandée par deux époux donnera plus de garanties pour les soins dont l'enfant sera entouré.

Quant aux autres conditions : 40 ans d'âge, n'avoir ni enfants ni descendants légitimes, elles sont les mêmes que pour l'adoption et se justifient par les mêmes motifs (Art. 368 nouveau).

§ 3. *Justes motifs. Avantages pour l'enfant. Nécessité de certains consentements.* — L'adoption est considérée, en général, comme un contrat soumis à l'homologation du tribunal civil, suivi d'une transcription sur les registres de l'état-civil.

Que l'adoption soit un contrat, certains auteurs, de même que pour le mariage, lui déniaient cette qualification, parce qu'elle modifie l'état des personnes et que ses effets s'imposent même aux non-contractants, à la société tout entière. Nous n'entrerons pas dans ces débats, mais nous constaterons seulement que l'adoption suppose, outre le consentement de l'adoptant, celui de l'adopté, s'il est majeur

de 16 ans et celui de ses représentants, toutes les fois qu'il est mineur de 21 ans. Il y a donc en tout cas accord de volonté (Art. 347 à 349 et 358).

En cas de légitimation adoptive, il n'en est pas de même : l'enfant a moins de 5 ans ; d'autre part, ses parents sont inconnus. Qui le représentera ? Ce ne pourrait guère être que la personne ou l'œuvre charitable, publique ou privée, qui aura élevé et nourri l'enfant dès sa naissance ou du jour de sa découverte. Cependant, aux termes de l'article 369, le consentement de « l'administration, l'œuvre ou la personne qui élève l'enfant » n'est pas requis. « *Leur avis* », cependant, sera exigé ; ce sera pour le tribunal un élément d'appréciation.

Notons, en passant, que chez l'adopté, le consentement de l'intéressé est toujours requis, qu'il consente de lui-même ou que ses représentants consentent en son nom. Au contraire, le légitimé ordinaire n'a pas à consentir à la légitimation dont il fait l'objet, car cette décision ne fait que régulariser une situation préexistante. De même en matière de légitimation adoptive, il n'y a pas non plus accord de volonté, mais acte d'autorité publique. Ceci se justifie par la fiction des liens du sang entre le légitimé par adoption et les époux légitimants adoptifs.

La légitimation adoptive ne débutant pas par un contrat, le tribunal n'aura pas à homologuer un accord, il examinera si la requête des légitimants par adoption est basée sur des justes motifs et si elle présente des avantages pour l'enfant. Ces termes

sont ceux-là mêmes de l'article 343 relatif à l'adoption. Ils ont donc, ici, la même signification. Remarquons cependant, ainsi que nous l'avons signalé, que le tribunal examinera avec le plus grand soin la condition de « parents inconnus ».

A supposer toutes les conditions précédentes réunies, la légitimation adoptive sera valable. Mais, pour qu'elle emporte les pleins effets de la légitimation ordinaire, restent encore plusieurs autres conditions à remplir :

ARTICLE 370 : «...toutefois, la légitimation ne sera opposable aux ascendants de ses père et mère, à leurs frères et sœurs et aux descendants de ces derniers que s'ils ont eut connaissance de la légitimation *ou* s'ils ont traité l'enfant comme enfant légitime. Dans le cas où les *ascendants* n'auraient pas adhéré expressément à la légitimation, les articles 913 à 919 inclus ne seront pas opposables » (1).

Ainsi l'article 370, après avoir affirmé que « l'enfant qui a fait l'objet d'une légitimation adoptive a les mêmes droits que s'il était né du mariage », s'empresse d'apporter une importante dérogation en

(1) Il est bien évident que l'expression « non opposable » signifie seulement que l'enfant ne saurait se prévaloir de liens de parenté avec les personnes désignées dans l'article 370 qui auraient refusé d'adhérer à la légitimation. Cela vise presque exclusivement la succession *ab intestat* de ces personnes. Mais les droits de l'enfant dans la succession des époux qui l'ont légitimé par adoption demeurent, par contre, toujours opposables aux parents de cette catégorie quelle qu'ait été leur attitude. Il serait étrange que la légitimation adoptive produise en cela des effets inférieurs à l'adoption. Sic. : RIGERT, *Chronique* précitée, D.H., 1940, I, p. 4. Voyez cependant *Rép. gén. prat. du notariat*, 1939, n° 34, p. 327.

exigeant l'accord de certains parents des père et mère pour que la légitimation leur soit opposable.

D'où vient donc une telle hésitation du rédacteur du décret ? Pourquoi ne pas poursuivre jusqu'au bout la fiction de parenté par le sang et ne pas en imposer les effets à la famille tout entière ? Il est facile d'objecter que, dans la réalité des choses, cet enfant est un étranger et qu'il ne convient pas de l'imposer à titre de parent à tous les membres de la famille. Mais alors à quoi bon légiférer et aller plus loin que l'adoption ? D'ailleurs, il est certain que bien des familles éprouvent un plus grand déplaisir lorsqu'elles se voient d'autorité imposer un petit-fils ou un neveu légitime à la suite du mariage subséquent de leur fils ou de leur frère, régularisant ainsi une liaison alors qu'elles avaient fait tous leurs efforts pour la faire rompre ou au moins pour l'ignorer.

Au contraire, une légitimation adoptive sera presque toujours accueillie tout au plus avec indifférence, voire même avec sympathie.

La seule raison valable de cette restriction, c'est la désuétude dans laquelle tombent les principes de vocation successorale et de réserve héréditaire. En accordant ces avantages de plein droit à l'enfant bénéficiaire de la légitimation adoptive, le législateur aurait eu le sentiment d'être un peu rétrograde. C'est ainsi que s'explique la nécessité du consentement des membres de la famille.

Reprenons le texte de l'article 370 :

L'alinéa deuxième semble exiger l'une des deux conditions suivantes :

a) avoir eu connaissance de la légitimation, attitude passive qui ne suppose même pas qu'une notification ait été faite à ces parents, mais seulement qu'on ne les ait pas laissés dans l'ignorance de l'opération intervenue ;

b) avoir traité l'enfant comme enfant légitime ; attitude active qui suppose que ces personnes aient, en toutes occasions, témoigné à l'enfant les mêmes sentiments que s'il était entré dans la famille par sa naissance, notamment en lui conférant tant dans la conversation que dans la correspondance, les titres de petit-fils, neveu, cousin, etc.

Il est bien clair que la deuxième attitude sous-entend la première, aussi faut-il lire tout simplement « *et* » à la place de la conjonction « *ou* » mise entre ces deux conditions par une inadvertance de rédaction. C'est donc la réunion de ces deux conditions qui se trouve exigée.

L'alinéa troisième de ce même article, parlant cette fois seulement des ascendants, décide qu'à défaut de leur adhésion expresse, les articles 913 à 919 (visant le disponible et la réserve) ne leur sont pas applicables.

On comprend désormais pourquoi la loi exige pour ceux-ci une adhésion expresse : c'est qu'une fois la légitimation rendue opposable aux ascendants, le petit-fils légitimé a droit à une réserve héréditaire sur leurs biens et l'on n'a pas voulu que cette con-

séquence, particulièrement importante, s'induit de vagues manifestations de bienveillance que les père et mère des légitimants auraient pu avoir pour l'enfant. Il en est différemment pour les frères et sœurs des époux légitimants et les descendants de ces derniers ; l'attitude qu'ils ont eue au cours de leur vie, à supposer qu'ils décèdent intestats, est purement interprétative de leur volonté. Rien ne les empêche d'exhérer l'enfant purement et simplement par testament puisqu'il n'est pas réservataire. Le même raisonnement s'applique aussi bien dans les deux cas lorsque inversement le *de cujus* est l'enfant légitimé adoptif lui-même.

En résumé, pour que la légitimation adoptive produise ses effets les plus étendus, il faut l'adhésion expresse des ascendants des père et mère, l'adhésion plus ou moins tacite de leurs frères et sœurs et des descendants de ces derniers. La loi n'a pas épuisé la liste de tous les parents possibles. *Quid* de certains collatéraux tels les frères et sœurs des ascendants ? C'est une question que nous reprendrons par la suite.

CHAPITRE II

Conditions de forme

Ces conditions se trouvent mentionnées dans l'article 369.

« La légitimation adoptive ne peut résulter que d'un jugement rendu sur requête en audience publique après enquête et débat en chambre du conseil... Mention de la légitimation sera faite, en marge de l'acte de naissance de l'enfant, à la diligence de l'avoué, dans les trois mois du jugement ou de l'arrêt, à peine des sanctions prévues à l'article 364 ».

La procédure de la légitimation adoptive est évidemment calquée sur celle de l'adoption à raison des similitudes que présentent ces deux institutions tout au moins dans le domaine pratique. C'est donc par analogie que nous aurons à raisonner tout en soulignant au passage de légères modifications.

Tout d'abord l'adoption comporte trois phases : un contrat, l'homologation de ce contrat et la transcription de l'adoption sur les registres de l'état-

civil (art. 362-364). Comme nous l'avons signalé en son temps, il ne peut être question de contrat entre les légitimants par adoption et l'enfant. C'est donc la requête adressée au tribunal civil qui ouvre la procédure. Il nous reste donc à étudier en deux paragraphes distincts :

- a) le jugement ordonnant la légitimation adoptive,
- b) la transcription sur les registres de l'état-civil et la mention en marge de l'acte de naissance.

§ 1. *Le jugement ordonnant la légitimation adoptive.*

— En matière d'adoption- la requête à fin d'homologation est présentée au tribunal par l'avoué de la partie la plus diligente (art. 360, § 2). Or, en matière de légitimation adoptive, étant donné qu'il n'y a pas de contrat, la requête sera donc présentée uniquement par l'avoué des époux légitimants. Les deux époux ne seront pas astreints à présenter deux requêtes distinctes, mais il devra résulter de l'acte que le mari et la femme demandent formellement la légitimation. Si la demande n'émanait que d'un seul époux, avec le consentement de l'autre, l'acte serait inopérant. Les père et mère des deux époux légitimants peuvent se joindre également à la requête. Ce sera pour eux le moyen par excellence de manifester leur adhésion expresse à la légitimation à intervenir et de lui donner ainsi des effets plus étendus.

Il ne faudrait pas croire, cependant, que c'est là

pour ces personnes le moyen unique de manifester leur consentement. La loi exige seulement leur *adhésion expresse*. Elle ne leur enjoint ni forme ni délai. La seule différence vis-à-vis du consentement des frères et sœurs, des père et mère et de leurs descendants, c'est que, pour les père et mère, le décret exige un consentement formel qui ne peut s'induire d'une simple attitude. Les père et mère des légitimants pourront donc, s'ils veulent se réserver un certain temps pour réfléchir, temporiser et reconnaître plus tard la légitimation soit par acte notarié, soit par une déclaration du juge de paix, soit par testament, soit même, mais sauf difficultés de preuve, par simple lettre.

Quelle que soit la forme employée, la décision intervenue est irrévocable ; il en serait ainsi par exemple si le testament qui la contenait était atteint de nullité ou devenait caduc. La disposition relative au consentement resterait valable au même titre qu'une reconnaissance d'enfant naturel.

L'adhésion des frères et sœurs des légitimants n'est assujettie à aucune forme. Elle est tacite et s'induit de leur attitude. Au reçu de la requête, le tribunal, réuni en chambre du conseil, vérifie après enquête si toutes les conditions de la loi sont remplies, s'il y a de justes motifs et si la légitimation a intervenir présente des avantages pour l'enfant. Il recueille également l'avis de « la personne de l'œuvre ou de l'administration qui élève l'enfant ».

Si celui-ci est pupille de l'Assistance publique,

celle-ci sera représentée par l'inspecteur des enfants assistés.

S'il a été recueilli dans un orphelinat privé, cette œuvre sera représentée par son directeur ou son conseil d'administration. S'il a été recueilli enfin dans une famille ou par un particulier, c'est le chef de famille ou ce particulier qui seront appelés à présenter leur avis.

Après le débat en chambre du conseil, le tribunal, réuni en audience publique, après audition du procureur de la République, prononce sans énoncer de motifs s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu à la légitimation adoptive.

En matière d'adoption, aux termes de l'article 362 le tribunal décide dans la même forme pour le cas où il est appelé à statuer sur la rupture par l'adopté de ses liens avec sa famille naturelle.

En matière de légitimation adoptive, cette rupture a lieu dans tous les cas et de plein droit. Elle est prononcée tacitement par la décision même ordonnant la légitimation.

En ce qui concerne les voies de recours, il faut décider par analogie qu'elles sont les mêmes qu'en matière d'adoption, en remarquant, néanmoins, qu'elles ne peuvent être guère intentées que par les légitimants et le ministère public, étant donné que l'enfant est en bas âge et n'a, le plus souvent, personne pour le représenter.

Il est possible, cependant, qu'il possède tout de même un représentant, dans le cas normal que nous

envisageons, c'est-à-dire lorsqu'il n'a été reconnu par aucun de ses deux auteurs : la loi du 2 juillet 1907, article 389, § 17 du Code civil ; les fonctions dévolues au conseil de famille des enfants légitimes étaient alors remplies par le tribunal du lieu de résidence de l'enfant. Dans les cas extrêmement rares où l'intérêt de l'enfant l'exige (par exemple, en cas ou, victime d'un accident, il aurait droit à une indemnité), le tribunal soit à la requête du ministère public, soit d'office, nommait un tuteur et statuait sur toutes les questions relatives à l'organisation ou à la surveillance de cette tutelle.

Le décret-loi de 1939 qui a institué un conseil de tutelle cantonal, a modifié ces dispositions : cette assemblée délègue, pour veiller à la protection de cet enfant non reconnu, un de ses membres.

Article 111 du décret, article 389 nouveau du Code civil :

« Le délégué assiste la personne qui élève l'enfant et veille à ce que celui-ci ne soit pas laissé à l'abandon. Il propose au conseil les mesures utiles pour assurer la protection morale et matérielle du mineur. Il peut être invité par le conseil à fournir soit par écrit, soit verbalement tous les renseignements nécessaires sur ce dernier ».

D'autre part, le pupille de l'Assistance publique, qui peut d'ailleurs être de parents connus, sera représenté par cette administration en la personne de l'inspecteur des enfants assistés (loi du 27 juillet 1904, articles 11 et 12 ; en cas de délégation de puis-

sance paternelle, loi du 24 juillet 1889, articles 13 et 17).

Mais ces représentants ont-ils qualité pour intervenir dans l'instance et pour attaquer le jugement par des voies de recours ?

Étant donné qu'il n'y a pas comme en matière d'adoption de contrat préalable au jugement prononçant la légitimation adoptive, nous concluons que ces représentants n'ont pas la qualité de parties au jugement. L'article 369 ne parle que d'un seul avoué, ce qui confirme cette manière de voir. Mais, en fait, ces représentants sont, ou bien le délégué du conseil de tutelle, émanation du tribunal, ou l'Assistance publique dont l'*avis* exigé en tant qu'« administration qui élève l'enfant » sera toujours prépondérant. Cependant, si ces représentants s'estimaient lésés par ce jugement, différents recours leur resteraient ouverts :

a) Si leur avis n'a pas été requis, ils peuvent invoquer la nullité par voie d'exception en refusant de remettre leur pupille aux époux qui ont obtenu la légitimation.

b) Même si le jugement est régulier en la forme, ils peuvent l'attaquer par la voie de tierce opposition.

Le décret-loi de 1939 a légèrement modifié la publicité du jugement d'homologation. Il a supprimé l'affichage à la porte principale de l'auditoire ou de la Cour qui ne constituait qu'une publicité théorique. Il a maintenu l'insertion de ce jugement dans un journal d'annonces légales du domicile de l'adoptant.

Désormais on n'insère plus qu'un simple *extrait*.

Cet extrait contiendra :

1^o la date de la décision et la désignation du tribunal qui l'a rendue ;

2^o le dispositif de la décision ;

3^o le nom de l'avoué.

Toutes ces dispositions s'appliquent à la légitimation adoptive bien que l'article 368 ne les mentionne pas. En effet, malgré la fiction nécessaire qui rapproche la légitimation adoptive de la légitimation ordinaire, il ne faut pas oublier que, pratiquement, la légitimation adoptive n'est qu'une adoption élargie et que les raisons de publicité données au jugement sont identiques dans les deux cas.

§ 2. *Transcription sur les registres de l'état-civil et mention en marge de l'acte de naissance* : en matière d'adoption, ces deux formalités sont exigées. En matière de légitimation adoptive, la deuxième formalité seulement se trouve énoncée dans l'article 369. Nous serions tenté de dire que, de même que la publicité dans un journal d'annonces légales, la transcription du jugement sur les registres de l'état-civil devrait également avoir lieu. Il est vrai qu'en cas de légitimation ordinaire, on se contente de la mention en marge de l'acte de naissance (art. 331, § 4). C'est peut être la raison qui a amené le législateur à omettre volontairement la transcription du jugement de légitimation adoptive. Mais, en ce cas, il aurait commis une erreur, car en cas de légitimation

post nuptias d'un enfant reconnu par les père et mère, postérieurement au mariage, le dispositif du jugement doit être transcrit sur les registres de l'état-civil (1). Or, c'est bien la légitimation *post nuptias* d'un enfant naturel par deux époux qui offre le plus d'analogie avec la légitimation adoptive.

(1) C'est ce que l'article 331 § 1 exprime en prescrivant la *constatation de la légitimation par l'officier d'état-civil*.

CHAPITRE III

Sanctions des conditions de la légitimation adoptive

Assimilée à une légitimation par une fiction de la loi, la légitimation adoptive est, en principe, intangible et irrévocable. De fait, à l'encontre de l'adoption, aucun texte ne prévoit la révocation de la légitimation adoptive. S'il apparaissait que les légitimants n'avaient pas mérité la confiance du tribunal dans la tâche qui leur était confiée, le seul remède à cette indignité consisterait à prononcer contre eux la déchéance de la puissance paternelle, tout comme s'il s'agissait de parents légitimes. Il ne faut pas, cependant, oublier que la légitimation ordinaire peut être annulée d'une manière incidente lorsque le mariage qui la consacre est annulé ou lorsque la reconnaissance antérieure de l'enfant aura été contestée avec succès. Nous aurons à examiner s'il n'existe pas parallèlement des causes d'annulation de la légitimation adoptive.

Enfin, si nous quittons la fiction légale pour un point de vue plus objectif, il est bien évident que la légitimation adoptive, au lieu de reconnaître et régulariser une situation préexistante, crée de toutes pièces une situation nouvelle.

En cela elle présente les mêmes caractères que l'adoption et, au lieu de dépendre d'un fait précis, à savoir la communauté de sang entre un enfant et deux époux, sa validité, par la force des choses, dépendra toujours de la réunion des conditions de fond et de forme auxquelles elle se trouve assujettie.

Parmi ces conditions, il en est quelques-unes dont l'inobservation entraîne la nullité de la légitimation ; d'autres, par contre, ont des conséquences moins importantes.

Dans la suite de ce développement, nous n'étudierons que les vices de fond ou de forme qui peuvent se rencontrer avec vraisemblance, malgré le contrôle exercé par le tribunal et qui n'entraînent pas la nullité de la légitimation de façon trop évidente. Bornons-nous à dire, à titre d'exemple, que la nullité aurait lieu si le légitimant ou l'enfant n'avait pas l'âge requis ou encore si le tribunal avait omis de demander l'avis de la personne qui élève l'enfant (1). -

Nous allons étudier, de façon particulière, la sanc-

(1) C'est la solution généralement admise en matière d'adoption : PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *La famille*, n° 1017. Sur la recevabilité des actions en nullité contre les décisions gracieuses, v. *La Chronique* de M. JAPIOT, dans *Rev. trim. dr. civ.*, 1912, p. 771 et 1035.

tion du défaut d'une condition essentielle : celle pour l'enfant *d'être né de parents inconnus*.

Imaginons l'hypothèse suivante : un enfant nouveau-né a été victime d'un rapt et abandonné dans un lieu public. Ou bien encore, il a été trouvé dans les décombres d'un immeuble détruit par un bombardement, ses parents, morts ou grièvement blessés, ont été évacués au loin. Cet enfant, dont on ignore l'identité, est remis à l'Assistance publique ou encore à une œuvre ou à une personne charitable qui l'élève provisoirement.

Par suite, l'enfant bénéficie d'une légitimation adoptive. Que se passera-t-il si, par la suite, la véritable famille réapparaît ou si l'enfant, arrivé à l'âge de raison et instruit du mystère de ses origines, découvre, après enquête, son acte de naissance ou l'acte de décès de ses parents ?

Si, au lieu de faire l'objet d'une légitimation adoptive, l'enfant avait été simplement nourri et élevé par un ménage charitable, il n'aurait aucune peine à rentrer dans sa famille d'origine. Il pourrait, le cas échéant, intenter avec succès une action en réclamation d'état puisqu'il pourrait justifier qu'il a eu, jusqu'à présent, un état apparent non conforme à son acte de naissance.

Mais, s'il a fait l'objet d'une légitimation adoptive, un obstacle juridique se présente, et même plus sérieux en apparence qu'en cas de légitimation ordinaire, car, en pareille hypothèse, celle-ci serait annulée une fois démontré que les liens du sang

n'existaient pas entre les légitimants et le soi-disant légitimé. En matière de légitimation adoptive, une pareille preuve serait inopérante, puisque, ici, il s'agit d'une fiction qu'il est absolument inutile de démontrer. C'est cette fiction, d'ailleurs, qui fait produire de plein droit la rupture complète avec la famille d'origine : l'article 352 donnant au tribunal, en cas d'adoption, la faculté de la prononcer à la demande de l'adoptant. Par quel procédé juridique parviendra-t-on à faire annuler la légitimation intervenue ; annulation d'une nécessité si évidente dont nous avons précédemment énoncé les motifs ?

On peut recourir d'abord à des arguments de texte. L'article 352 précité stipule :

« ... Dans ce cas, aucune reconnaissance postérieure à l'adoption ne sera admise... »

Ce texte suppose donc que l'enfant ainsi adopté est un enfant naturel non reconnu. En fait, dans la plupart des cas, il en sera ainsi. On pourrait donc conclure *a contrario* que des parents légitimes ne peuvent être empêchés, en pareil cas, d'affirmer leur parenté.

Mais ceci admis, il reste tout aussi vrai que le tribunal, théoriquement du moins, peut décider que l'enfant sera exclu de sa famille d'origine, même lorsque celle-ci est légitime.

Aboutirait-on à ce résultat décevant qu'en se faisant connaître officiellement la famille légitime de l'enfant ne serait plus attachée à lui que par la réserve de l'article 253 qui vise les articles 161. à

164, concernant les empêchements au mariage.

Le seul moyen juridique efficace pour aboutir à l'annulation de la légitimation adoptive est de l'attaquer pour vice de fond, à savoir qu'en l'espèce l'enfant n'était pas né de « parents inconnus ».

Pour cela, il faut donner à cette notion de parents inconnus le sens restrictif que nous lui avons donné plus haut : parents inconnus *nunc et semper*.

Nous pensons au cas de ces parents naturels qui ont volontairement dissimulé leur identité et abandonné leur enfant au moins *moralement* (à condition de ne pas confondre cette notion avec celle des enfants moralement abandonnés de la loi de 1889), même s'ils contribuent clandestinement à le faire élever ou encore si la fille-mère n'est autre que « la personne qui élève l'enfant », tout en affirmant qu'il n'est pas le sien.

Tant que l'enfant ne fait pas l'objet d'une adoption avec clause d'exclusion de la famille d'origine ou encore d'une légitimation adoptive, les parents naturels simples peuvent valablement reconnaître leur enfant. Une fois l'adoption ou la légitimation intervenue, le décret-loi de 1939 leur interdit de le faire, en sorte que l'enfant est et restera de parents inconnus *nunc* par la volonté de ces parents, *semper* par la volonté de la loi.

Considérons maintenant l'enfant de parents inconnus *nunc tantum*.

La notion de « parents inconnus », en pareil cas, au lieu d'être vraiment objective, comme dans le

cas précédent, demeure seulement subjective vis-à-vis des légitimants et du tribunal. Il y a *erreur* dans la *cause* de la légitimation.

C'est, en effet, à la théorie moderne de la cause, impulsive et déterminante, que nous faisons appel : l'erreur dans les mobiles psychologiques qui ont déterminé les légitimants et le tribunal à effectuer la légitimation (1).

Si les époux légitimants avaient supposé que l'enfant, au lieu d'avoir été, par la volonté de ses parents, mis dans la catégorie des *res nullius*, voire même des *res derelictae*, quelque étrange que paraisse cette conception juridique, était, en réalité, un enfant légitime victime d'un rapt ou d'un sinistre, ils se seraient bornés à le recueillir sans songer à le légitimer par adoption et même y auraient-ils songé, le tribunal ne leur aurait jamais permis.

Ceci admis et la notion de « parents inconnus » précisée une fois pour toutes, il ne restera plus aux véritables parents qu'à s'adresser au même tribunal pour faire annuler la légitimation.

A supposer que le mariage des époux légitimants se trouve annulé par la suite, ceci entraînera l'annulation de la légitimation adoptive de même que la légitimation ordinaire peut être annulée pour défaut de condition de fond.

Mais si le mariage a été contracté de bonne foi,

(1) Sur cette théorie de l'erreur sur la cause en matière de libéralités, cf. COLIN et CAPITANT, *Cours élém.*, III, n° 836 ; Paris, 9 décembre 1867, D. 67-2-195, S. 67-2-129.

au moins par l'un des deux époux, pourra-t-on, comme en matière de légitimation ordinaire, étendre les effets du mariage putatif en faveur des enfants.

Il est bien possible que la jurisprudence, très libérale en cette matière, accorderait cette extension. Cependant les liens du sang ne résultant ici que d'une fiction qui repose essentiellement sur un ensemble de conditions impératives, la solution inverse nous paraît préférable.

De même que l'adoption, la légitimation adoptive n'est opposable aux *tiers* que du jour de la mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant, effectuée par les soins de l'avoué dans les trois mois du jugement ou de l'arrêt.

En accord avec la Doctrine, nous qualifierons de tiers l'ensemble de toutes les personnes, sauf l'enfant et les légitimants, bien qu'ici la légitimation intervenue n'ait pas son origine dans un contrat.

Cependant, les ascendants qui auraient donné leur adhésion formelle, nonobstant le défaut de mention en marge, ne sauraient être considérés comme des tiers. Il en sera de même des autres parents énumérés dans l'article 370 chaque fois que l'on pourra administrer la preuve qu'ils auront eu connaissance de la légitimation et qu'ils auront traité l'enfant comme enfant légitime.

Le Code de la famille estime, en effet, que la mention en marge de l'article 369 ne constitue pas, vis-à-vis de ces personnes qui ont le plus grand intérêt à être informées de la légitimation, une publicité suffisante.

Il ne prévoit par contre aucune forme spéciale de notification, mais il ressort de l'article 370 qu'en cas de litige, celui qui aurait intérêt à alléguer que ces personnes ont été prévenues effectivement devrait en fournir la preuve.

Les tiers qui n'ont d'autre moyen de défense à alléguer que le défaut de mention en marge seront tous ceux qu'aucune parenté ne relie aux époux légitimants. Ce sera, par exemple, le légataire qui se sera vu attribuer, dans la succession d'un des légitimants, une part excédant la quantité disponible, ou le créancier d'un des légitimants de l'enfant qui invoque contre ce légitimant (devenu tuteur comme parent survivant) une hypothèque légale de tutelle. L'enfant évincé, faute de pouvoir faire valoir contre ce tiers sa qualité de réservataire, pourra se retourner contre l'avoué négligeant et lui réclamer à titre de dommages-intérêts tout ce dont il a été frustré.

Cet avoué se verra, de plus, condamné à une amende de 100 francs. C'est ce qui résulte de l'article 364, combiné avec l'article 369.

CHAPITRE IV

Effets de la légitimation adoptive

A s'en tenir à l'affirmation de principe, énoncée dans l'article 370 : « L'enfant qui a fait l'objet d'une légitimation adoptive a les mêmes droits que s'il était né du mariage ». On pourrait croire que les effets de cette légitimation aboutissent à une assimilation complète avec l'enfant légitime et qu'il n'y a pas lieu à de plus amples développements.

Il est vrai que ce même article apporte en lui-même une importante dérogation en ce qui concerne l'adhésion des père et mère des légitimants et de leurs frères et sœurs. Mais, en dehors même de ces dispositions, il ne faut pas oublier que l'enfant a eu, avant de bénéficier de cette légitimation, des parents originaires vis-à-vis desquels le lien de parenté a été rompu, ce qui est encore un effet de la légitimation adoptive. D'autre part, cette institution, de même que la légitimation ordinaire, n'a pas d'effets rétroactifs; c'est ce qu'exprime l'article 103 du décret de 1939.

De cet exposé sommaire, nous allons pouvoir

dégager les trois principales divisions de ce chapitre :

Dans une première partie, nous étudierons les rapports créés par cette légitimation entre l'enfant et les époux légitimants par adoption en supposant que les ascendants des père et mère ainsi que les frères et sœurs et leurs descendants aient refusé d'adhérer à la légitimation adoptive.

Dans une seconde partie, nous étudierons l'hypothèse inverse et nous chercherons également à savoir quels résultats seront produits en cas d'adhésion ou de non-adhésion des parents des époux légitimants autres que ceux précédemment énoncés.

Enfin, nous étudierons, en appendice, les résultats produits par l'exclusion de l'enfant de sa famille d'origine. En effet, cette situation toute nouvelle où se trouve placé l'enfant n'est pas particulière à notre institution, puisque c'est dans l'article 352 nouveau, consacré à l'adoption, qu'il trouve son origine et que c'est seulement par déduction que nous avons établi qu'elle a lieu implicitement et de plein droit en cas de légitimation adoptive.

A) LA LÉGITIMATION ADOPTIVE RESTREINTE

(En cas de refus d'adhésion des ascendants des légitimants, de leurs frères et sœurs et des descendants de ces derniers).

La législation actuelle établit décidément bien des paliers entre l'adoption pure et simple conservée par le décret de 1939, avec quelques modifications, et la légitimation adoptive.

Il y a l'enfant adopté exclu de sa famille d'origine, il y a, c'est le cas précisément que nous étudions, l'enfant légitimé par adoption mais de façon restreinte, il y a ce même enfant, mais dont la légitimation a entraîné l'adhésion d'un grand-père ou d'un oncle, il y a enfin celui que tous les membres d'une digne famille seront allés saluer en grande pompe dans une étude d'avoué, afin de parapher une requête, faute de pouvoir s'incliner sur son berceau.

Nous aurons à nous prononcer plus tard sur l'opportunité d'un pareil luxe de distinctions minutieuses.

L'enfant qui a bénéficié d'une légitimation adoptive restreinte jouit donc d'une situation intermédiaire entre l'adopté exclu de sa famille d'origine et le « légitimé adoptif total » dont la condition s'apparente beaucoup à celle du légitimé de droit commun.

Un premier point à fixer est de déterminer l'époque à partir de laquelle tous ces effets commencent : la légitimation adoptive, tout comme la légitimation ordinaire, n'étant pas rétroactive. La procédure de notre institution étant calquée entièrement sur l'adoption et n'empruntant rien à la légitimation, nous déciderons, par conséquent, que les effets n'auront lieu entre les parties que du jour du jugement de légitimation et vis-à-vis des tiers que du jour ou la mention de la légitimation aura été inscrite en marge de l'acte de naissance à la requête de l'avoué (art. 365 nouveau).

Remarquons rapidement que, contrairement à l'adoption, la légitimation adoptive n'étant pas précédée d'un contrat, si les légitimants par adoption ou l'un d'eux viennent à mourir au cours de l'instance, il ne semble pas que la procédure puisse être continuée et la légitimation admise.

Bien entendu, cette solution purement logique peut cependant prêter à la controverse. Sans doute, l'enfant qui n'a pas été partie à un contrat ne peut pas invoquer de droits acquis à l'opération dont on voulait le faire bénéficiaire. Le tribunal, par contre pourrait peut-être poursuivre l'instance à la demande du conjoint survivant, ou, en tout cas, lui permettre d'adopter l'enfant purement et simplement. Peut-être aussi pourrait-on invoquer, ici, la règle d'après laquelle la réalisation des conditions de l'adoption doit s'apprécier au moment du dépôt de la requête.

L'enfant prendra *le nom* de ses père et mère légitimants par adoption et abandonnera le nom provisoire sous lequel il était connu à moins que celui-ci consiste en des prénoms qu'il pourra alors conserver à ce titre. Cette solution s'impose pour deux sortes de raison :

a) aux termes de l'article 350 nouveau, l'adopté mineur de 16 ans prend purement et simplement le nom de l'adoptant, sauf décision contraire du tribunal.

b) par ailleurs, la fiction des liens du sang entre l'enfant et les époux légitimants par adoption con-

duit à donner à cet enfant le nom patronymique des parents, comme en matière de légitimation ordinaire (1). Aucun texte ne fait allusion, en matière de légitimation à un pouvoir quelconque dont serait investi le tribunal à l'égard du nom patronymique du légitimé (il n'y a rien d'analogue à l'art. 350, § dernier, du Code civil).

Les époux légitimants exerceront sur l'enfant la puissance paternelle et pourront, le cas échéant, consentir à son mariage au cours de sa minorité dans les mêmes conditions que les parents légitimes. La fiction de parenté par le sang produit à ce point de vue son plein effet ; au surplus, le décret-loi de 1939 comblant les lacunes de 1923 a donné aux parents adoptifs les mêmes prérogatives, y compris l'administration légale des biens, que l'enfant pourrait avoir (art. 351 nouveau).

Les parents par légitimation adoptive pourront également faire émanciper l'enfant dans les conditions ordinaires.

L'enfant légitimé par adoption pourrait-il être adopté purement et simplement par la suite par une tierce personne ?

Aucun texte ne s'oppose à cette solution, qui suppose une hypothèse à vrai dire assez invraisemblable. Cependant une telle opération ne serait pas

(1) Le légitimé adoptif recueillerait-il même le titre de noblesse du légitimant ? Cf. Trib. Saint-Brieuc, 3 janv. 1939, *Gaz. Pal.*, 24 janv., commenté dans *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 445, qui reconnaît ce droit à un adopté.

conforme aux vœux du législateur et il est à prévoir que le tribunal refuserait l'homologation du contrat intervenu, ne trouvant pas de « justes motifs » à cette adoption.

De même que l'adoption, la légitimation adoptive restreinte ne crée de lien qu'entre les légitimants par adoption d'une part, l'enfant et ses descendants légitimes d'autre part, mais là où elle en diffère beaucoup et produit de la sorte des résultats déjà plus étendus, c'est qu'outre qu'elle est irrévocable (1), elle crée, entre l'enfant et les légitimants une vocation successorale *réciproque*.

En cas de décès de l'enfant sans postérité, ses parents légitimants par adoption n'auront pas à invoquer le droit de recours de l'article 357 ; ils viendront à sa succession comme à celle d'un enfant légitime suivant les règles du droit commun. La même remarque s'applique aux enfants nés du mariage des légitimants postérieurement à la légitimation. Ceux-ci sont frères ou sœurs légitimes du légitimé adoptif et lui succèdent comme tels.

Telles apparaissent, assez banales en somme, les applications de l'assimilation du légitimé adoptif avec le légitimé ordinaire. Il est presque inutile d'ajouter que la légitimation adoptive n'étant pas révocable, les parents légitimants par adoption seront seulement passibles de la déchéance de la puissance

(1) En effet, l'article 367, texte exceptionnel, n'a pas été déclaré applicable à la légitimation adoptive.

paternelle, en cas de non-accomplissement de leurs devoirs.

Comme la filiation originaire de l'enfant, généralement inconnue par ailleurs, se trouve désormais privée d'effets, l'enfant dont les parents légitimants ont été déchus de la puissance paternelle ne retombera pas sous celle de ses anciens parents ; il sera confié par le tribunal à de tierces personnes ou à l'Assistance publique dans les termes du droit commun (lois du 24 juillet 1889 et du 27 juin 1904).

Il nous reste à étudier différentes hypothèses où la notion de légitimation adoptive fait un retour offensif vers l'idée d'adoption.

Tout d'abord, on admet généralement en doctrine et en jurisprudence, en matière de *révocation des donations pour survenance d'enfant*, les solutions suivantes (1) :

La présence d'un enfant adoptif antérieurement à une donation ne met pas obstacle à la révocation si le père adoptif donateur est par la suite père d'un enfant légitime.

Inversement, un donateur ne pourrait pas, en adoptant postérieurement un enfant, obtenir la révocation de la donation qu'il avait consentie.

L'existence, lors de la donation, d'un enfant naturel ne fait pas obstacle à la révocation en cas de nais-

(1) Sur ces solutions communément admises, v. : JOSSERAND, *Cours*, III, n° 1597 (3^e éd.) ; — COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire*, 8^e éd., III, n° 1081 ; — PLANIOL, RIPERT et TRASBOT, *Donations et testaments*, III, n° 520.

sance postérieure d'un enfant légitime. D'autre part, la naissance d'un enfant naturel n'entraîne pas la révocation d'une donation antérieure.

Si un enfant naturel est légitimé par mariage subséquent, il convient alors de distinguer :

a) l'enfant est légitimé avant la donation ; il se comporte comme un enfant légitime et aucune révocation n'est possible en cas de naissance postérieure d'un autre enfant légitime ;

b) l'enfant naturel né antérieurement à la donation est légitimé postérieurement ; cette opération ne peut servir à révoquer la donation pour cause de « survenance d'enfant » ;

c) l'enfant naturel né postérieurement à la donation est, par la suite légitimé ; la révocation se produit (art. 960 *in fine*).

Il est assez aisé de retrouver le fil conducteur de ces solutions diverses : la révocation des donations entre vifs n'est admise par la loi qu'en raison de faits indépendants de la volonté du donateur, de telle sorte que la maxime « donner et retenir ne vaut » conserve néanmoins toute sa portée.

L'article 953 énumère les trois cas de révocation des donations entre vifs :

Inexécution des conditions, ingratitude, survenance d'enfant. Cette troisième hypothèse qui nous intéresse particulièrement dépend, à vrai dire, dans une certaine mesure de la volonté du donateur, mais non d'une façon exclusive car nul n'est certain de pouvoir donner le jour soit à un enfant légitime,

soit à un enfant naturel qu'on légitimera par la suite.

Au contraire, le donateur se réserverait à tout moment la possibilité de révoquer sa donation si la loi lui permettait de révoquer en adoptant un enfant étranger, soit en légitimant son enfant naturel né avant la donation.

A la lueur de ce raisonnement, il apparaît, sans contestations possibles, que l'enfant légitimé par adoption se comportera comme un enfant adoptif et c'est en vain qu'on invoquerait la fiction des liens du sang qui font de lui un enfant légitimé. Si l'on admettait la solution inverse, ce serait permettre aux donateurs de revenir quand bon leur semble sur leurs donations.

Il est acquis également en jurisprudence que l'adopté ne peut se prévaloir de la qualité d'« enfant d'un premier lit », aux termes de l'article 1098 et ne pourra ainsi exercer l'action en retranchement en cas où le parent adoptif aurait fait à son second conjoint des libéralités excédant le disponible spécial prévu par ce texte.

On en trouve une application dans un arrêt de la Cour de cassation (1).

Le *de cujus* laissait comme héritiers : un fils adoptif et sa veuve survivante qu'il avait épousée postérieurement à l'adoption. Par testament, il accordait à

(1) En date du 11 décembre 1922 (D. P., 1925, 1, p. 121 et note de M. Capitant.

cette veuve un quart de sa succession en pleine propriété et un quart en usufruit.

L'enfant adoptif prétendait réduire cette libéralité à un quart en pleine propriété seulement et un jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 22 décembre 1913, lui donna gain de cause. « Attendu, disait ce jugement, que si en sa qualité d'adopté, V... ne peut se dire enfant d'un autre lit, il a, aux termes de l'article 350 (art. 356 actuel), les mêmes droits sur la succession de l'adoptant que ceux qu'auraient l'enfant né du mariage.

» Attendu que cette assimilation de l'adopté à un enfant légitime à l'égard des droits sur la succession de l'adoptant ne peut être mise en échec par une interprétation des intentions du législateur qui n'aurait été conduit à formuler les dispositions de l'article 1098 qu'en haine des secondes noces et que, par suite, ces dispositions ne sauraient être invoquées par d'autres que les enfants d'un premier lit que seuls le législateur aurait eu le désir de protéger.

» Attendu que l'assimilation édictée par l'article 350 du code civil ne comporte aucune réserve... »

Mais ce jugement fut réformé par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 5 décembre 1917, dont un arrêt de la Cour de cassation précité du 11 décembre 1922, s'est approprié la doctrine.

« Considérant, dit la Cour d'appel de Paris, que si du droit d'héritier réservataire acquis à l'adopté dérive celui d'obtenir la réduction des libéralités qui excéderaient la quotité disponible ordinaire, il ne

s'ensuit pas que ce pouvoir s'étende comme pour les enfants légitimes d'un autre lit à toute espèce de disposition ; l'adoption ne produisant qu'une filiation fictive simplement civile dont le législateur a pris soin de limiter les effets juridiques ».

Et la Cour de cassation :

« Attendu que si l'article 350 attribue dans la succession de l'adoptant, les mêmes droits que l'enfant né du mariage, l'article 1098 n'est accordé qu'aux enfants d'un autre lit, que le caractère exceptionnel de cette disposition ne permet pas d'en étendre le bénéfice aux enfants entrés dans la famille du testateur par voie d'adoption ».

Si, en équité, l'on ne distingue pas nettement les raisons pour lesquelles l'adopté se voit refuser la protection accordée par l'article 1098 aux enfants d'un premier lit ; nous nous rallions à l'opinion de M. Capitant qui soutient au point de vue purement juridique la thèse de la Cour de cassation :

a) l'article 1098 parle des enfants *d'un autre lit*, mais ce n'est pas là qu'un argument de terminologie ; il ne faut pas oublier l'origine historique de ce texte qui reproduit *l'édit de secondes nocces* de 1560 dû à Michel de l'Hospital, à une époque où l'enfant adoptif était hors de cause.

b) l'article 1098 a un caractère doublement exceptionnel : d'abord parce qu'il est édicté en faveur des enfants d'un premier lit, ensuite parce qu'il réduit la quotité disponible en faveur d'un conjoint à un taux inférieur à la quotité disponible ordinaire.

c) enfin, pour que l'article 1098 puisse valablement s'appliquer en faveur de l'enfant adoptif, il faudrait qu'il visât non seulement le second ou subséquent mariage, mais encore le premier mariage du disposant, car il peut y avoir conflit entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant dans des cas où l'adoptant n'a été marié qu'une fois.

(Les adversaires ont remarqué, en faveur de la solution inverse, que la jurisprudence permet à l'adopté de faire réduire les libéralités excédant la quotité disponible : même lorsqu'elles ont été consenties antérieurement à l'adoption.)

Ces considérations théoriques ne constitueraient pas un obstacle infranchissable si l'opinion juridique dominante en accord avec les mœurs voyait dans l'adoption autre chose « qu'une filiation fictive simplement civile dont le législateur a pris soin de limiter les effets juridiques ».

Cette dernière conception cadre d'ailleurs assez bien avec l'hypothèse des plus courantes d'un enfant dont les liens n'ont jamais été rompus avec sa première famille où il sera appelé à recueillir une succession d'une certaine valeur, mais qui a été cependant adopté par une personne sans enfant dans le but de lui transmettre une seconde succession plus opulente que la première. Il paraît alors bien excessif de protéger un tel enfant jusque contre les libéralités que son parent adoptif pourrait faire à son second conjoint, dans les limites de la quotité disponible ordinaire. La qualité de réservataire, en vertu des

articles 1913 et suivants, assure à cet héritier une garantie plus que suffisante.

Mais les données du problème apparaissent très différentes lorsqu'il s'agit d'un enfant légitimé par adoption.

Abandonné dès son plus jeune âge par ses auteurs, n'ayant désormais d'autre parent que les époux qui l'ont recueilli, il ne se présente pas comme cumulant des héritages.

Ces conditions de fait et la fiction de liens du sang bien plus complète que la filiation artificielle résultant de l'adoption devrait faire admettre l'enfant légitimé par adoption à bénéficier de la qualité d'enfant d'un premier lit.

Ajoutons que, dans notre espèce, la troisième objection de M. Capitant contre l'application de l'article 1098 disparaît car la légitimation adoptive ne peut être accordée qu'à la demande de deux époux et ce serait toujours dans l'hypothèse d'un second mariage que l'action en retranchement serait envisagée. En effet, il n'est guère contestable que les libéralités faites à la mère légitimante par adoption et émanant du père légitimant ne peuvent être alléguées par l'enfant qu'en vertu de l'article 1094.

Il est impossible pour le moment de prévoir quelle sera la jurisprudence en cette matière.

B) LA LÉGITIMATION ADOPTIVE ÉTENDUE

(En cas d'adhésion des ascendants des père et mère des légitimants de leurs frères et sœurs et des descendants de ces derniers.)

Nous avons déjà signalé l'analogie de rédaction entre les articles 370 nouveau et 333 affirmant l'un, que l'enfant légitimé par adoption, l'autre, que l'enfant légitimé par mariage subséquent ont « les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage ». Mais, si les rédacteurs du décret-loi ont pris visiblement la légitimation ordinaire pour modèle, ils n'ont pas osé pousser jusqu'à l'extrême logique les effets de cette comparaison.

Nous avons étudié précédemment à quelles conditions et dans quelles formes les ascendants des époux légitimants, leurs frères et sœurs et les descendants de ces derniers pouvaient adhérer à cette légitimation.

A supposer cette adhésion consentie, on se trouve en présence d'un phénomène juridique dont les rédacteurs du décret n'ont peut-être pas mesuré toute la portée.

Le Code civil, ainsi que la plupart des législations, ne connaissait, jusqu'à présent que deux modes de vocation successorale : la dévolution *ab intestat* et la dévolution testamentaire.

Ici, nous voyons apparaître une conception intermédiaire.

C'est une affirmation unilatérale de volonté, en certains cas expresse, en certains autres tacite, mais dans

tous les cas irrévocable qui déterminera une vocation successorale *réciproque ab intestat* entre deux individus.

Encore la loi n'a pas prévu le cas des collatéraux ordinaires autres que les descendants des frères et sœurs.

Dans ce qui va suivre, nous supposons l'enfant légitimé par adoption réclamant la qualité d'héritier. Mais les mêmes raisonnements s'appliqueraient *mutatis mutandis* si c'était lui le *de cujus*.

L'hypothèse des ascendants des père et mère est relativement facile à résoudre : en exigeant d'eux une adhésion expresse, le législateur les oblige à prendre parti, sans leur assigner de délai il est vrai ; mais, une fois cette adhésion prononcée, on en déterminera clairement les effets qui dépassent le point de vue uniquement successoral. En reconnaissant la légitimation, les ascendants des père et mère peuvent :

a) de leur propre autorité accepter une donation entre vifs, adressée à l'enfant mineur du vivant même des parents légitimants (art. 935, § 3).

b) si ces parents sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, consentir au mariage de l'enfant mineur (art. 150) ;

c) être investis de la tutelle légale sur cet enfant (art. 402) ;

d) ils peuvent exiger, s'ils sont dans le besoin, le paiement d'une pension alimentaire. Ils peuvent, d'ailleurs, ce qui est peu édifiant, reconnaître la légitimation adoptive dans ce but unique. Ils n'en obtiendront pas moins gain de cause, l'obligation

alimentaire ayant au surplus un caractère réciproque.

e) le meurtre de l'ascendant par l'enfant légitimé par adoption sera un parricide (C. pén. 299) ;

f) l'ascendant sera reprochable comme témoin dans un procès où l'enfant est partie (C. proc. 283).

Au point de vue strictement successoral, l'adhésion de ces ascendants établit une vocation successorale *ab intestat* et réciproque entre l'ascendant et l'enfant devenu son descendant légitime. Cette adhésion est irrévocable, plus encore si l'on peut dire, qu'une reconnaissance de paternité laquelle n'est irrévocable elle-même qu'autant que le fait de parenté demeure démontré exact. Ici, ce n'est pas la reconnaissance d'un fait, mais l'acceptation solennelle d'un état de choses. Si les ascendants viennent à se repentir par la suite de leur adhésion, ils n'auront que la ressource de deshériter l'enfant dans la mesure où la réserve de celui-ci le leur permet.

Examinons maintenant la situation des frères et sœurs des légitimants et de leurs descendants :

L'article 370 n'exige pas d'eux une adhésion *expresse* comme de la part des ascendants. Ceci s'explique assez bien d'ailleurs pour la raison suivante :

Alors que si l'on avait imposé d'autorité aux ascendants la reconnaissance de la légitimation adoptive intervenue, comme en matière de légitimation ordinaire, l'enfant aurait pu devenir contre leur gré leur héritier réservataire et c'est ce qui explique le dernier alinéa de l'article 370 qui subordonne cet effet à la volonté formelle des ascendants.

En temps que collatéraux, au contraire, les frères et sœurs des père et mère n'ont pas besoin d'une telle protection. Ils peuvent toujours deshériter pour le tout l'enfant légitimé par adoption, par une clause formelle de leur testament car il n'est pas vis-à-vis d'eux héritier réservataire. Mais la loi a exigé cependant pour que la vocation successorale s'établisse, que ces personnes aient eu connaissance de la légitimation et aient traité l'enfant comme enfant légitime. La première condition s'explique aisément. Il est possible que, vivant très éloignés de leurs frères et sœurs, ces personnes aient ignoré jusqu'à l'existence de cet enfant légitimé par adoption, et l'on ne veut pas qu'elles se constituent sans le savoir un héritier auxquelles elles ne se seraient peut-être pas attachées. La seconde condition assez malencontreuse par elle-même, est une source de difficultés.

A supposer ces frères et sœurs (et leurs descendants) duement informés, preuve relativement facile à établir et que l'on peut toujours se ménager d'avance, l'absence d'exhérédation de leur part aurait dû être par elle-même une preuve suffisante de leur adhésion à la légitimation. Mais le législateur scrupuleux à l'excès a ajouté cette deuxième condition : « Avoir traité l'enfant comme enfant légitime ».

Que signifie exactement cette expression ?

Il faut entendre par là, non pas forcément une déclaration formelle d'assentiment faite une fois pour toutes qui, sans être nécessaire, ne lierait pas moins son auteur pour le principe (car resterait encore la

ressource de l'exhérédation), mais tout un ensemble de gestes et d'attitudes laissant supposer que telle personne reconnaît l'enfant comme son neveu, nièce, cousin, etc. Cela s'induirait, par exemple, de lettres échangées où l'on se qualifie respectivement de ces titres de parenté ou encore de n'importe quel autre témoignage d'affection ne laissant pas douter d'un tel état d'esprit.

Malheureusement, il y aura des cas où ces manifestations seront des plus équivoques. Telles vagues marques de bienveillance vis-à-vis de l'enfant lors d'un séjour ou d'une simple visite ne signifieront pas toujours que celui qui les témoigne considère l'enfant comme son parent (1).

Voilà l'origine de nombreux procès où, pour décider si une succession doit s'ouvrir en faveur de cet enfant, il faudra s'en remettre pratiquement à la sagesse du juge.

Tout cela à cause d'une disposition législative dont la nécessité n'était pas évidente.

Pour limiter ces inconvénients, la jurisprudence aurait le plus grand intérêt à décider que l'absence d'exhérédation de l'enfant de la part de ces collatéraux, à supposer ceux-ci dûment avertis en leur

(1) Lorsque l'attitude du parent pourra être interprétée dans un sens favorable, le légitimé adoptif sera-t-il héritier *ab intestat* ou légataire universel ? Question très délicate. La jurisprudence contemporaine semble avoir une tendance à reconnaître des situations juridiques un peu intermédiaires entre celle d'héritier *ab intestat* et celle de légataire : Paris, 29 mars 1939, *Sem. Jur.*, 1939, p. 141 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 799.

vivant, constitue par elle-même une présomption simple d'adhésion à la légitimation. Ce serait alors à la partie adverse de faire la preuve qu'en réalité, ces personnes n'avaient jamais voulu admettre l'enfant légitimé par adoption comme leur parent.

Le décret de 1939 a laissé en suspens les effets de la légitimation adoptive vis-à-vis des collatéraux ordinaires des époux légitimants autres que les descendants de leurs frères et sœurs. Cet oubli est dû probablement à une inadvertance. L'article 370 reprenant les termes de l'article 333 est des plus catégorique lorsqu'il affirme que l'enfant légitimé par adoption « a les mêmes droits que s'il était né du mariage ». Il a une portée beaucoup plus extensive que l'article 356 se référant aux droits des enfants adoptifs dans la succession de l'adoptant. On ne saurait, malgré tout, affirmer qu'en conséquence ces collatéraux se verront imposer la légitimation de plein droit. Ils ont droit, plus que les frères et sœurs et leurs descendants, à la protection de l'article 370, deuxième alinéa. Aussi est-il assez sage de les assimiler dans la même catégorie. D'ailleurs, étant donné également la latitude qu'ils ont d'exhérer l'enfant par testament, la loi leur laisse une garantie suffisante.

Maintenant que nous connaissons le principe de l'adhésion expresse des ascendants, nous pourrions en faire l'application à propos de la théorie du *retour légal*.

La doctrine marque, jusqu'à présent, une certaine

hésitation à décider si l'existence d'un enfant adoptif du descendant donataire empêche comme celle d'un enfant légitime l'exercice du retour légal à l'ascendant donateur des biens donnés par lui.

Si donc, au lieu d'un adopté, il s'agit d'un légitimé par adoption, la question sera tranchée si l'ascendant a reconnu la légitimation, le retour n'aura pas lieu. Si, au contraire, il l'a repoussée, le retour aura lieu obligatoirement.

Cette dernière solution peut surprendre, car la jurisprudence, après avoir été longtemps défavorable aux enfants adoptifs, semble s'orienter vers l'assimilation de l'adopté à un enfant légitime (1). En réalité, bien que ce retour soit légal et non conventionnel, le législateur a recherché l'intention probable de l'ascendant donateur, et si une hésitation se manifeste lorsqu'on se trouve en présence de l'enfant adoptif du prédécédé, on peut toujours soutenir que l'ascendant a pu songer à cette postérité, à vrai dire, un peu artificielle, lors de la donation.

Au contraire, l'article 370 subordonne les effets de la légitimation adoptive vis-à-vis des ascendants et de certains collatéraux à leur consentement préalable.

Comme en cette matière, nous n'avons pas à faire application des articles 913 à 919 ayant trait à la

(1) C'est du moins ce qu'on peut induire de l'arrêt de la Cour d'Orléans du 14 mars 1907. D. 1903-2-504, S. 1904-2-276.

réserve héréditaire, nous estimons que, pour faire obstacle au principe du retour légal, l'adhésion *expresse* des ascendants n'est pas nécessaire, mais, du moins, faut-il qu'ils aient traité l'enfant comme enfant légitime. Nous appliquerons ce raisonnement *a fortiori* en matière de retour conventionnel stipulé en cas de mort du donataire sans postérité, car, ici plus encore qu'au cas précédent, l'intention du donateur est absolument déterminante.

Nous ferons encore application de cette même directive en ce qui concerne les *substitutions permises* :

Un enfant adoptif, tout comme un enfant légitime, peut être, par ses parents adoptifs, grevé de substitution en faveur de ses propres enfants, puisque la parenté résultant de l'adoption s'étend aux descendants de l'enfant adoptif. Il en est évidemment de même pour l'enfant légitimé par adoption. Mais, par contre, l'enfant adoptif ne peut jouer le rôle d'appelé dans une substitution où le père adoptif serait grevé. Cette solution qu'on ne trouve pas mentionnée dans les ouvrages de doctrine ne fait cependant aucun doute : les père et mère, les frères et sœurs de l'adoptant n'ayant aucun lien de parenté avec l'adopté.

Une substitution faite en sa faveur entrerait dans le cadre des substitutions prohibées, car il n'y a aucun lien de parenté entre l'appelé et le disposant.

Les substitutions permises telles qu'elles résultent de l'article 1048 et suivants ont une portée des plus exceptionnelles. Elles permettent de fixer certains

biens entre les mains d'un prodigue représentant une génération avec charge de les conserver et de les rendre à la génération suivante. Bien que la forme employée pour arriver à ce but soit une donation ou un testament, bien que l'opération ne puisse porter que sur la quotité disponible, les biens qui en font l'objet ne sont indisponibles entre les mains du grevé qu'en faveur d'un appelé parent au deuxième ou troisième degré du disposant, mais non d'un étranger.

C'est pourquoi, contrairement à nos habitudes, nous allons procéder à l'étude littérale de l'article 1048.

« Les biens dont les père et mère ont la faculté de disposer pourront par eux être donnés... avec la charge de rendre ces biens aux enfants *nés ou à naître* au premier degré seulement desdits donateurs ».

Les termes employés évoquent donc bien l'idée de parenté par le sang, bien qu'on puisse soutenir qu'ils ne servent qu'à préciser le droit des enfants simplement conçus ; cependant l'assimilation de l'article 356, entre l'enfant adoptif et l'enfant légitime dans la succession des père et mère ne peut être appliquée en cette matière puisque ce même article stipule que l'adopté et ses descendants légitimes n'acquièrent aucun droit de succession sur les biens des parents de l'adoptant.

Or, en vertu de la théorie des substitutions, l'appelé est l'héritier direct du donateur.

Cette théorie prend un aspect tout différent lorsque l'appelé est un enfant légitimé par adoption. Nous avons déjà attiré l'attention sur l'analogie de rédaction entre l'article 370 et l'article 333. L'enfant légitimé par adoption, de même que le légitimé de droit commun a les mêmes droits que s'il était né du mariage.

Au seul point de vue littéral, on peut donc l'assimiler à l'enfant *né ou à naître* de l'article 1048. Sans doute, l'article 370 contient des réserves à ce principe en ce qui concerne l'adhésion à la légitimation de certains membres de la famille des époux légitimants.

C'est là où nous arrivons précisément. Sans quitter notre hypothèse où l'un des époux légitimants par adoption joue le rôle de grevé, nous constatons que ce sont ces mêmes personnes, susceptibles de consentir une donation affectée d'une substitution en faveur de cet enfant, qui auront à se prononcer sur les effets de la légitimation vis-à-vis d'elles-mêmes.

Comme il s'agit simplement, même pour les père et mère des légitimants, d'avoir eu connaissance de la légitimation et d'avoir traité l'enfant comme enfant légitime, le fait d'avoir consenti à la substitution est en lui-même une preuve très suffisante.

La combinaison des articles 370 nouveau et 1048 soulève encore quelques difficultés.

Distinguons trois situations :

a) Le disposant connaissait le légitimé adoptif en cette qualité au moment de la libéralité, ayant

tacitement adhéré ainsi à la légitimation ; la substitution s'ouvrira en faveur de l'enfant.

b) Il avait grevé les biens de substitution en faveur des enfants *nés ou à naître* du grevé à une époque où celui-ci se trouvait sans postérité. La légitimation adoptive survient après. Il adhère ultérieurement : même solution.

c) Même hypothèse, mais le disposant décède avant la légitimation. Ou bien encore, la substitution avait été décidée en faveur d'un enfant légitime du grevé. Le disposant meurt ; l'enfant légitime décède à son tour et le grevé légitime un autre enfant par adoption. Que faut-il décider ?

Dans le deuxième cas, il faut résoudre la question par la négative, ce n'est pas en faveur du second enfant que la substitution avait été décidée, mais seulement du premier.

Dans le premier cas, au contraire, un doute subsiste. Suffit-il de prouver que le disposant, au courant des dispositions du décret de 1939 s'était déclaré partisan de notre institution ; plus encore qu'il avait formellement prévu, parmi les enfants « nés ou à naître », la présence possible d'un légitimé par adoption pour que la substitution s'ouvre en pareil cas ?

L'affirmative ne ferait aucun doute si le disposant avait, d'accord avec le grevé, arrêté son choix sur un enfant à légitimer et qu'il soit décédé ensuite au cours de la procédure.

Mais un problème plus général se pose, si, au lieu de choisir un enfant déterminé, il s'était pro-

noncé *in genere* en faveur d'un enfant à légitimer par adoption.

Faute de textes positifs, nous raisonnerons par comparaison à la théorie des *legs aux personnes incertaines*. Doit-on dire qu'en laissant au grevé le choix de l'enfant à légitimer, l'adhésion du disposant doit être nulle tout comme le legs avec *faculté d'élire* ?

Cette solution aurait l'avantage de reposer sur un fondement juridique très défendable ; mais en équité, elle serait par trop défavorable aux intérêts de l'enfant. Il faut tenir compte que, hormis l'aspect physique d'un enfant en très bas âge et dont les parents sont inconnus, l'adhésion à la légitimation de cet enfant se confond pratiquement à une adhésion *in genere*. On peut objecter que cette différenciation s'accentuerait si le disposant s'était réservé quelques années pour réfléchir ; mais il ne faut pas oublier qu'il peut adhérer également d'une manière immédiate, par exemple, en se joignant à la requête.

D'autre part, il ne faut pas oublier que le grevé n'exerce la faculté d'élire que, pour le compte du disposant, car c'est lui qui en supportera les principaux effets. Cette circonstance permettra peut-être de sortir de l'indétermination l'enfant légitimé par adoption postérieurement au décès du disposant et la substitution pourra ainsi avoir lieu.

Nous allons essayer d'appliquer ces solutions en cas de *legs conditionnel* subordonné à l'existence d'une postérité du légataire. Celui-ci, n'ayant pas

d'enfants, en légitime un par adoption. Le legs sera-t-il validé ? Distinguons :

a) Le testateur n'a aucun lien de parenté avec le légataire. La question ne se pose pas alors de savoir s'il a entendu que la postérité du légataire puisse être représentée par un enfant de cette catégorie. De son vivant, comme après sa mort, l'article 370 décidant que l'enfant légitimé par adoption a les mêmes droits que s'il était né du mariage, le legs demeure validé.

Il n'en serait pas de même s'il s'agissait seulement d'un adopté, car, en matière de legs conditionnel, l'adopté n'est assimilé à un enfant légitime que si telle avait été la volonté formelle du testateur. La Cour d'appel de Dijon, dans un arrêt du 5 février 1931 (1), avait eu à se prononcer sur cette question d'interprétation de la volonté du testateur. Les appelants furent déboutés parce que la possibilité d'une filiation adoptive n'avait pas été expressément formulée ; bien que les appelants soutenaient que le testateur, ancien notaire, bien au courant des lois, avait certainement prévu cette éventualité.

Mais ceci nous conduit à la seconde distinction, car le testateur avait réparti son avoir entre plusieurs neveux et avait décidé que si sa nièce mourait sans postérité, elle ne serait considérée que comme usufruitière et sa part reviendrait aux autres co-

(1) Cour d'appel de Dijon. De F... contre L..., inédit.

héritiers. Or cette nièce adopta une fille postérieurement au décès du testateur.

b) Transposons l'adoption en une légitimation adoptive, et pour plus de clarté, puisque nous raisonnons fictivement, supposons que le testateur ait disposé de sa succession en faveur de frères et sœurs au lieu de neveux et nièces. De cette façon, nous pourrions appliquer l'article 370, deuxième alinéa, qui n'a pas prévu les effets de la légitimation adoptive à l'égard d'un oncle d'un légitimant par adoption.

Si le testateur avait formellement prévu que la postérité du légataire pouvait être représentée par un légitimé adoptif, un adopté, voire même un enfant naturel, de toutes façons le legs eût été validé, car, en matière de succession testamentaire, les liens de parenté résultant d'une adhésion à une légitimation adoptive, ne sont pas mis en cause.

Mais si la volonté du testateur n'avait pas été interprétée de cette manière, les intimés eussent encore triomphé, car, en vertu de l'article 370, la légitimation adoptive obtenue par leur parent ne leur eût pas été opposable.

Reste enfin pour achever l'étude des effets de la légitimation adoptive à déterminer ceux-ci au regard de la loi fiscale. L'article 420 du Code d'enregistrement décide qu'en principe les droits de succession sont liquidés sans tenir compte des liens de parenté résultant de l'adoption. Cependant ce texte ménage plusieurs dérogations en faveur de certaines catégories d'adoptés.

Ce sont :

1^o les enfants issus d'un premier mariage du conjoint de l'adoptant ;

2^o les pupilles de la nation ou de l'Assistance publique ;

3^o les orphelins d'un père mort pour la France ;

4^o les adoptés qui auront reçu au cours de leur minorité et pendant six ans au moins de la part de l'adoptant des soins et des secours ininterrompus.

Le décret-loi de 1939 a accordé cette même faveur aux enfants adoptés dont les liens ont été rompus avec leur famille naturelle.

Cette extension se justifie d'elle-même, surtout si on la compare à l'exception précédente : n'ayant plus désormais d'autre parent que ceux qui l'ont recueilli, cet enfant ne saurait attendre d'ailleurs ses « soins » et ses « secours ». Aussi est-il inutile de laisser s'écouler six ans pour le ranger dans la liste de ces bénéficiaires.

Remarquons d'ailleurs que le fait d'avoir adopté un enfant au cours de sa minorité n'est pas, aux yeux de l'administration, une preuve péremptoire que ces secours et soins aient été réellement fournis.

L'adopté qui se trouve dans cette situation devra, s'il veut obtenir gain de cause, c'est-à-dire acquitter les droits de succession au tarif d'enfant légitime, établir la réalité de ces faits autant que possible par preuve écrite (1) : quittances d'honoraires de

(1) CASTILLON et POURRILHON, *Manuel formulaire de l'enregistrement*, 9^e éd., Paris, Dichen, 1937, v^o Succession, n^o 77, p. 639.

médecins ou de chirurgiens, de pension d'internat, de fournisseurs, etc.

Au contraire, l'adopté dont les liens ont été rompus avec sa famille d'origine bénéficie immédiatement et de plein droit des dispositions de l'article 420 du Code d'enregistrement.

Ceci établi, l'enfant légitimé par adoption jouira donc *a fortiori* de la même faveur. Si le législateur ne l'a pas stipulé formellement, c'est parce qu'il a estimé que la légitimation adoptive produisait en cette matière comme en tant d'autres les mêmes effets que la légitimation ordinaire.

Nous avons là une preuve de plus de la force attachée à la fiction irréfragable d'existence de lien du sang entre l'enfant légitimé par adoption et ses nouveaux parents.

CHAPITRE V

Dispositions transitoires

Désireux de faire profiter immédiatement le plus grand nombre possible de personnes des réformes qu'il a édictées, le législateur de 1939 a pris certaines dispositions transitoires pour permettre d'affecter certaines adoptions, prononcées antérieurement, de l'exclusion de la famille d'origine pour le transformer en légitimations adoptives.

Au cours de ce chapitre, nous étudierons brièvement les conditions de fond, les conditions de forme et les effets de ces dispositions, récapitulant le plan suivi jusqu'alors. Nous ne dirons que quelques mots de l'article 102 du décret permettant d'étendre aux adoptions antérieures les dispositions de l'article 352 nouveau qui vise l'exclusion de la famille d'origine parce qu'il n'appelle pas de copieux commentaires et ne rentre pas exactement dans le cadre de notre étude.

Nous constaterons simplement qu'en dépit du

silence de ce texte, il semble nécessaire que l'adopté soit encore mineur de 21 ans, car s'il est majeur, la puissance paternelle a pris fin aussi bien dans sa nouvelle famille que dans l'ancienne et l'adoptant ayant terminé son œuvre d'éducation n'a plus rien à demander au tribunal pour lui en faciliter les moyens.

Ceci admis, il résulte de ce texte que, pendant le délai d'un an à partir de la date de la publication du décret, les dispositions de l'article 352 pourront être étendue à l'enfant adopté antérieurement à cette date, par un jugement rendu *sur requête de l'adoptant* en audience publique après enquête et débat en chambre du conseil. Nous n'aurons aucune remarque à faire sur la procédure employée qui est la même qu'en matière d'adoption.

L'article 102 ajoute d'ailleurs :

« La décision qui fait droit à la demande est soumise aux mêmes formalités de transcription que le jugement ou l'arrêté d'adoption ».

Il nous paraît surprenant que l'adoptant, de sa seule autorité, puisse demander au tribunal de prononcer l'exclusion de l'adopté de sa famille d'origine sans que celle-ci ait à donner son consentement ou exprimer le moindre avis. Il est vrai que le tribunal veillera, au cours de son enquête, à ce que cette exclusion ne soit pas prononcée sans motifs légitimes et évitera ainsi d'inqualifiables abus de pouvoir.

Cependant, même si les rédacteurs du décret ne l'ont pas imaginé ainsi, il nous semble que le con-

sentement formel des parents par le sang doit être exigé à peine de nullité.

Il doit en être de même pour l'enfant s'il est âgé de plus de 16 ans. Si, à partir de cet âge, son consentement est formellement exigé pour entrer dans une nouvelle famille, il serait pour le moins troublant qu'on ne le consulte pas pour le séparer de l'ancienne.

Si l'on se refuse à admettre ces conditions, il faut alors s'attendre à ce que l'enfant, ou ses représentants, réclament et obtiennent l'annulation de l'adoption pour vice de consentement lors du contrat préalable au jugement d'homologation, la clause d'exclusion de la famille d'origine leur ayant été arrachée par surprise.

Ce même raisonnement s'applique, d'ailleurs, aux adoptions postérieures au décret, mais l'adoptant peut être à même de prouver que cette clause dont il avait fait une condition *sine qua non* avait été formellement consentie. Au contraire, pour les adoptions antérieures, il est bien évident qu'elle n'avait pas été envisagée.

Hormis ces précisions, l'article 352 pourra recevoir ses applications sans effets rétroactifs, l'enfant notamment pourra être encore valablement reconnu jusqu'au jour où la décision faisant droit à cette demande aura été transcrite.

Le reste de notre développement sera consacré à l'étude de l'article 103 du décret concernant les dispositions transitoires relatives à la légitimation adoptive.

Tout d'abord le même *délai* d'un an est prévu pour étendre aux enfants adoptés antérieurement les dispositions relatives à la légitimation adoptive.

Les conditions de fond se ramènent aux deux directives suivantes :

a) Les conditions exigées par le nouvel article 368 doivent se trouver remplies à la fois au moment de l'adoption et celui du dépôt de la requête en légitimation.

b) « Toutefois, par dérogation à la condition d'âge imposée à l'enfant adopté, la légitimation peut lui être accordée s'il n'a pas dépassé 16 ans à la date de publication du présent décret ».

Récapitulons brièvement :

L'enfant est né de parents inconnus.

Il n'a été l'objet d'aucune reconnaissance postérieure et ceci jusqu'au jour *du dépôt* de la requête en légitimation.

- Notons en passant que cette dernière date n'a pas été heureusement choisie. On aurait pu, à la rigueur, convenir du jour de la décision de justice faisant droit à cette requête et ceci pour économiser le délai de la transcription ; mais le jour du dépôt l'on ignore si cette requête ne sera pas rejetée.

La reconnaissance d'enfant, sauf pour les enfants adultérins ou incestueux, simple démonstration d'un fait, était toujours admise jusqu'ici quels que soient les mobiles invoqués.

Pour des raisons d'intérêt supérieur, dans le but d'assurer une meilleure éducation de l'enfant, une

décision de justice peut faire, désormais, échec à ce principe, et cette disposition du décret de 1939 nous paraît aussi défendable que celle qui interdit la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux. Mais, répétons-le sans y insister davantage, ce qui est vrai pour une décision de justice ne l'est pas pour une simple requête en vue de cette décision.

L'enfant aura dû être adopté conjointement par deux époux non séparés de corps, n'ayant ni enfants ni descendants légitimes. Ceci exclut donc les adoptants qui auraient contracté mariage postérieurement à l'adoption, même si leur conjoint s'y était associé par la suite. Cela exclut également les époux qui auraient divorcé avant la date du dépôt de la requête en légitimation.

Il est un cas qui prête plus à la critique, c'est celui d'époux qui auraient adopté conjointement un enfant et qui auraient eu par la suite un enfant légitime. Est-il admissible que la naissance de cet enfant mette obstacle à la requête en légitimation de l'adopté ?

Il ne semble pas que le législateur ait eu conscience de cette éventualité, car il aurait certainement remédié à cet empêchement. Pourtant il est bien normal que des époux âgés de 40 ans puissent espérer encore une postérité légitime. L'article 354 prévoit, d'ailleurs, cette hypothèse à propos des empêchements au mariage.

Nous ne pouvons que regretter cet oubli.

L'article 103 ne mentionnant pas la procédure à

employer, il convient de raisonner par analogie et se reporter à celle de l'article 102 précédemment étudié, analogue, d'ailleurs, à celle de l'article 368 : la légitimation adoptive résultera donc d'un jugement rendu sur requête en audience publique, après enquête et débat en chambre du conseil.

La requête émanera conjointement des deux époux. Pourront s'y joindre également les ascendants désireux d'adhérer expressément à la légitimation d'une manière immédiate.

Les effets de cette légitimation adoptive seront limités à l'avenir. L'article 103, deuxième alinéa, stipule en effet : « la légitimation accordée n'a pas d'effets rétroactifs ». En conséquence, l'enfant ne saurait prétendre à la succession *ab intestat* des ascendants ou des collatéraux des époux légitimants décédés avant le dépôt de la requête en légitimation ; même si ces personnes avaient eu connaissance de l'adoption ou si elles l'avaient traité comme enfant légitime. En cas où il aurait hérité d'elles comme successeur testamentaire, il ne saurait réclamer à l'administration fiscale le bénéfice de l'exception de faveur à l'article 420 du Code d'enregistrement.

APPENDICE

De l'exclusion de la famille d'origine

(article 352 nouveau — Décret du 29 juillet 1939)

Nous avons cité, plus haut, le texte de l'article 352 aux termes duquel le tribunal en homologuant l'acte d'adoption, peut, à la demande de l'adoptant, et s'il s'agit d'un mineur de 21 ans, décider, après enquête, que l'adopté *cessera d'appartenir à sa famille naturelle*, sous réserve des prohibitions au mariage visées par les articles 161 à 164 du Code civil.

Cette innovation hardie, introduite en quelques mots à la faveur d'un décret-loi, bouleverse toutes les idées acquises sur les effets de la parenté par le sang. Il faut remonter jusqu'aux anciens principes de l'adrogation romaine pour retrouver une conception analogue. Dans notre droit moderne, l'abdication de la puissance paternelle soit par suite d'une déchéance de la part des parents, soit par une délégation volontaire de ceux-ci à l'Assistance publique était la seule amputation que la parenté connaisse, à vrai

dire, dans un de ses attributs essentiels. Avec l'adoption, bien que, lorsque l'adopté est mineur, l'adoptant soit investi de l'ensemble des prérogatives des père et mère sur la personne de son protégé, l'opinion est d'accord pour voir, dans l'opération intervenue, l'accession de l'adopté à des liens de parenté supplémentaires, plutôt que le transfert d'une famille dans une autre. Cependant, il a dû sembler qu'en certains cas cette dualité de gouvernement sur la personne de l'enfant pouvait conduire à l'anarchie, surtout lorsque les auteurs de l'enfant étaient des gens dignes de peu d'intérêt. Pour que l'adoptant puisse assumer sans entraves l'éducation de l'adopté, il fallait à tout prix écarter les parents par le sang. On sait par quel moyen radical l'article 352 s'y est pris pour accorder cette facilité aux adoptants. On sait également comme ce même article a déjoué les reconnaissances tardives faites le plus souvent par intérêt sordide, parfois dans l'unique but de recueillir la succession de l'adopté. En cas de légitimation adoptive, l'enfant n'ayant été reconnu par aucun de ses deux auteurs, ceux-ci seront condamnés à rester éternellement dans l'ombre et par cela même la fiction des liens du sang avec les époux légitimants ne pourra pas être ébranlée. Au point où nous en sommes, il paraît utile de reprendre une distinction faite par Colin (1) entre la parenté ou la filiation d'une part, résultant essentiellement de la com-

(1) Article dans *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 257 et suiv.

munauté du sang, d'autre part *la famille*, groupement social plus ou moins artificiel, organisé par la coutume et par la loi, variant selon les époques et les races. Ces deux éléments tirent leurs origines de deux sources distinctes : l'un d'un fait naturel : celui de la procréation ; l'autre d'un acte de volonté tel que le mariage ou l'adoption.

Le droit romain nous a habitués à la distinction entre l'*agnatio* et la *cognatio*. La famille romaine réunissait les enfants et les esclaves, les femmes *in manu*, individus que ne liait aucune communauté de sang. Par contre, lorsqu'une fille de famille se mariait *cum manu*, elle était exclue de la famille de son père pour entrer dans celle du *paterfamilias* de son mari.

Pour en revenir à notre sujet, une certaine catégorie d'adoptés « cessent d'appartenir à leur famille naturelle », mais les liens de parenté et de filiation subsistent, notamment en ce qui concerne les empêchements au mariage.

Pour le légitimé adoptif, la question est loin d'être aussi claire : lui aussi est évidemment lié par le sang à ses auteurs, mais ceux-ci sont dans l'impossibilité de le reconnaître et, de ce fait, cette parenté, faute de pouvoir se révéler officiellement, ne pourra produire le minimum d'effets juridiques que pourrait imposer l'hérédité physiologique.

D'autre part, nous avons établi que l'article 370 crée entre le légitimé adoptif et les époux légitimants par adoption plus qu'une fiction de liens de famille

comme celle de l'article 357 en faveur de l'adopté, mais une véritable fiction de *parenté* au sens le plus étroit du mot, et cette présomption irréfragable réussit à s'imposer précisément par la défense absolue de révéler les véritables liens du sang tel que cela résulte de la proposition précédente.

Il n'est pas jusqu'aux empêchements au mariage qui ne soient susceptibles d'être tenus en échec par cette théorie. Une grande partie de la doctrine soutient avec force, malgré les scandales inévitables qui en seraient la conséquence, que la communauté de sang n'est un empêchement qu'autant qu'elle est officiellement établie.

Nous connaissons les trois effets essentiels de la parenté et de la filiation : puissance paternelle, obligation alimentaire, vocation successorale.

Pour ce qui est des deux premiers éléments, la question est résolue. Que la puissance paternelle passe entièrement entre les mains de l'adoptant ou des légitimants par adoption, voilà qui n'a jamais été mis en doute. L'article 355 supprime l'obligation alimentaire entre l'adopté exclu de sa famille d'origine et ses parents naturels. Reste la vocation successorale :

Considérons d'abord le cas du légitimé adoptif ; s'il joue le rôle d'héritier, dans les cas exceptionnels où il existe une preuve légale du lien qui le rattache à sa famille d'origine, aucun obstacle ne s'oppose à ce qu'il recueille la succession de deux familles tout comme l'adopté ordinaire, mais cette solution impose

la proposition inverse lorsque l'enfant joue le rôle de *de cujus* et il se pose alors un problème insoluble :

Deux pères et deux mères peuvent se trouver en présence. Quelle famille préférer ? Celle des légitimants, solution d'équité ? Celle des parents par le sang, application logique de la vocation réciproque ? Procéder à un partage, mais sur quelle base ? Appeler la famille naturelle à titre subsidiaire en cas de renonciation ou de décès des légitimants par adoption ? Cela non plus ne satisferait ni l'équité, ni la logique, car certains membres de la famille des légitimants ont pu adhérer à la légitimation.

Il est beaucoup plus simple et beaucoup plus juridique de décider que toute vocation successorale cesse d'exister entre le légitimé par adoption et ses premiers parents.

La question revêt un aspect tout différent lorsqu'il s'agit d'un adopté exclu en vertu de l'article 352 de sa famille d'origine. Celui-ci, par hypothèse, a été reconnu au moins par un de ses auteurs, il se peut même que ce soit un enfant légitime. Pour qu'il « cesse d'appartenir à sa famille naturelle », il faut bien que cette famille soit représentée au minimum par un de ses membres. L'exclusion prononcée sera la conséquence d'un accord entre les parents naturels et l'adoptant qui en aura fait une condition *sine qua non*. C'est ainsi qu'il faut comprendre la portée de l'article 352, bien qu'il soit dit : « Le tribunal peut..., à la demande de l'adoptant..., décider... ». Nous nous refusons à croire que cette décision pourrait

être prise par surprise au moment de l'homologation. Il y aurait, en ce cas, vice de consentement de la part des parents et le contrat initial serait annulé.

Il est donc clair que la *parenté* subsiste, alors que tous les liens de *famille* ont été par contrat transmis à l'adoptant. Cela est d'autant plus significatif que la communauté de sang se manifeste expressément à propos des empêchements au mariage. D'autre part, il n'y a aucune fiction de lien du sang entre l'adopté et l'adoptant. Si l'article 356 donne à l'adopté dans la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'auraient un enfant légitime, c'est une comparaison qu'il édicte, mais non une assimilation.

Reprenons notre développement précédent, au point de vue de la dévolution successorale :

a) L'enfant est héritier. Pourquoi en plus de la succession de l'adoptant ne recueillerait-il pas celle de ses vrais parents ? Tout d'abord, sa filiation est établie, tout au moins au regard de celui de ses auteurs qui l'a reconnu antérieurement à l'adoption. Il n'y a plus cet obstacle d'impossibilité de l'opération juridique en cas de reconnaissance antérieure, que l'on trouve à propos du légitimé adoptif. L'obligation alimentaire a cessé d'exister, soit, mais nul n'ignore qu'il y a vocation successorale *ab intestat* réciproque entre personnes qui ne sont pas liées par cette obligation. On pourrait objecter encore que la succession de ces parents est, en réalité, toute théori-

que étant donné que c'est par indigence qu'ils ont été contraints de consentir à une pareille adoption. Il n'en est pas toujours ainsi et un changement de fortune n'est pas si rare en notre siècle.

b) Supposons l'hypothèse inverse : l'enfant meurt sans postérité. Réserve faite de l'application du retour légal sur les biens reçus par l'adopté et qui se retrouvent en nature dans sa succession, il ne laissera comme héritiers que son conjoint survivant s'il est marié et à défaut l'État. Pourquoi, alors, ne pas appeler ses parents par le sang étant donné que le partage insoluble de la succession entre deux pères et deux mères ne se pose pas ?

Ce raisonnement conduirait à décider que la vocation successorale subsiste en cas d'adoption, même lorsque le tribunal aura décidé que l'enfant « cesse d'appartenir à sa famille naturelle ». En équité on ne saurait, d'ailleurs, traiter ces parents plus durement encore que ceux qui ont encouru la déchéance paternelle. Cependant l'article 352 est rédigé en termes si catégoriques qu'il faudrait en forcer le sens pour lui donner cette interprétation.

Nous laissons à la jurisprudence le soin de résoudre cette question d'une manière équitable.

Le législateur a aménagé cette exclusion comme si elle était toujours définitive : il a prévu que l'adoptant ou le survivant des adoptants pourrait désigner à l'adopté exclu de sa famille d'origine un tuteur testamentaire. Voilà qui pare à l'éventualité normale : l'adoption prenant fin par le décès de

l'adoptant. Mais que se passerait-il si l'adoption venait un jour à être révoquée ?

L'application du droit commun conduit à décider que cette révocation ne produit aucun effet rétroactif. Cela n'avait aucune importance à l'époque où l'exclusion de la famille naturelle était inconnue. L'adopté qui avait possédé momentanément deux liens de parenté n'en connaissait désormais plus qu'un seul. La théorie nouvelle présente un danger lorsque la succession d'un des parents par le sang dont l'enfant avait été séparé par le jugement du tribunal au moment de l'homologation s'est ouverte au cours de l'adoption et que celle-ci a été révoquée par la suite.

Le droit romain connaissait une difficulté analogue (MONNIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 347), le fils adoptif, en cas où son père naturel venait à mourir au cours de l'adoption ne lui succédait pas. S'il était par la suite émancipé par son père adoptif, il ne recueillait donc aucune succession. Pour y remédier, le prêteur appelait l'enfant émancipé avant la mort de son père à la succession de celui-ci par la *bonorum possessio unde liberi*.

En notre matière, rien n'a été fait pour parer à cette situation, mais plutôt que de faire appel à une construction juridique, il serait bien plus rationnel de décider que la vocation successorale demeure entre l'adopté et sa famille naturelle nonobstant toute séparation.

La légitimation adoptive est, nous le savons,

irrévocable. Mais, tout comme l'adoption elle est susceptible d'être annulée. Il est un cas qui ne présente aucune difficulté, c'est lorsque l'enfant était réellement « né de parents inconnus ». La légitimation annulée, la reconnaissance devient possible.

Il en est différemment lorsqu'il s'agit d'un pupille de l'Assistance publique ou de tout autre enfant dont les parents étaient *connus*.

Si la succession de ces parents s'est ouverte antérieurement à l'annulation, il faudra recommencer la liquidation et procéder au partage en tenant compte des droits de l'enfant. Il pourra, le cas échéant, agir en pétition d'hérédité contre les héritiers apparents détenteurs de sa part dans la succession. Ceux-ci seront traités comme des possesseurs de bonne foi, l'annulation de la légitimation ne pouvant être prévue comme éventualité probable.

CONCLUSION

En droit, plus qu'en tout autre domaine, seul le temps permet d'apprécier les mérites d'une institution. Celle qui ne trouve aucun écho dans les mœurs tombe rapidement en désuétude. Celle qui s'y implante correspond toujours à des besoins véritables. Encore faut-il souvent plusieurs générations pour que cette épreuve permette de porter un jugement définitif, car il n'est pas rare que telle ou telle initiative du législateur, en apparence vouée à l'échec, connaisse, très longtemps après, un assez grand succès à la faveur d'une réforme qui lui donne un intérêt nouveau.

Tel est le cas de l'adoption depuis la réforme de 1923. Tel est aussi, dans un autre ordre d'idée, celui du bien de famille depuis que des lois récentes ont augmenté le taux du capital qui peut y être affecté.

A l'heure où nous sommes, il est peu probable que la légitimation adoptive ait reçu une seule application et il est presque certain qu'il n'y a aucune jurisprudence à son sujet. Aussi nous nous mon-

■

trérons très circonspect dans notre appréciation.

Le point de départ procède, à coup sûr, d'une idée généreuse : donner à des enfants trouvés, des enfants abandonnés pupilles de l'Assistance publique, voués à un sort misérable, plus qu'un parent adoptif, une vraie famille, où, pris à un âge encore tendre on peut tout attendre d'une bonne éducation ; ils s'élèveront dans les mêmes conditions que si le hasard les y avait fait naître.

Si le décret-loi de 1939 n'avait pas, en même temps, introduit la possibilité d'exclusion de la famille d'origine à propos de l'adoption, la réforme inaugurée par la légitimation adoptive serait assez considérable.

Du coup, elle apparaît bien plus réduite d'autant plus que par une regrettable hésitation, elle ne produit pas de plein droit tous les effets de la légitimation ordinaire.

Nous avons signalé déjà la gamme de conceptions intermédiaires entre l'adoption pure et simple telle qu'elle subsiste encore et la condition d'enfant légitime. On n'aperçoit pas ce qu'on gagne avec un pareil eclectisme, mais on voit tout de suite ce que l'on perd au point de vue de la clarté. Il est permis d'affirmer que l'adoption et la légitimation adoptive répondent parfois à des besoins différents ; mais alors que l'on en reste à l'adoption avec ses effets les plus restreints et que l'on établisse une légitimation adoptive qui produise de plein droit tous les effets de la légitimation ordinaire ; étant donné

surtout que l'on raisonne par fiction, celle-ci aurait alors une assise bien plus solide.

L'adoption pure et simple présente déjà à elle seule bien des avantages. Elle aurait intérêt à être conservée au profit des majeurs et même des mineurs sortis de l'enfance ayant déjà reçu les bases d'une formation dont il est vain d'espérer se défaire. Que si la présence des premiers parents contrarie l'adoptant dans son œuvre d'éducation, c'est un luxe excessif de moyens mis en œuvre que de décider que l'enfant cessera de faire partie de sa famille naturelle. Le tribunal qui a le pouvoir de prononcer jusqu'à la déchéance de puissance paternelle n'aurait qu'à prendre telle mesure utile, par exemple interdire le droit de visite à ces parents pour qu'immédiatement tout rentre dans l'ordre.

La légitimation adoptive conviendrait à merveille, à notre avis, aux enfants *très jeunes et sans famille*. Sur l'âge de 5 ans, nous ne faisons aucune objection. C'est l'âge, en effet, où un enfant n'a encore conservé aucun souvenir de son passé et à partir duquel l'éducation qu'il recevra des légitimants pourra produire ce qu'on est en droit d'en attendre. Par contre, nous trouvons excessif que seuls les enfants de parents inconnus puissent en bénéficier (1).

Qu'on ait pensé, en particulier, à ceux-ci, c'est un

(1) Selon M. RIPERT (*Chronique* précitée, D.H., 11 janv. 1940), l'omission des orphelins parmi les bénéficiaires de la légitimation adoptive proviendrait d'un simple oubli. « On n'a pas songé aux orphelins. Faudra-t-il commencer à les faire confier à l'Assistance publique pour pouvoir ensuite les adopter ? »

état d'esprit assez normal et si, à propos d'eux, l'on avait élaboré la théorie de l'exclusion de la famille d'origine et la non-opposabilité d'une reconnaissance postérieure, la fiction de liens du sang dont nous avons si souvent parlé aurait été plus explicite et plus cohérente.

Pourquoi ne pas accorder le même avantage à des enfants de père et de mère parfaitement connus, mais décédés à l'époque de la légitimation ? Sans doute cette certitude serait une preuve tangible de la fiction de liens du sang entre l'enfant et les légitimants alors que l'identité des parents inconnus *nunc et semper* reste toujours dans l'ombre. Malgré tout c'est attacher beaucoup d'importance à un argument de pure logique. Ajoutons, d'ailleurs, que l'enfant abandonné pupille de l'Assistance publique peut être issu de parents parfaitement connus. Le but recherché serait le même et serait, en fait, plus sûrement atteint : personne ne viendrait déranger les légitimants dans l'éducation de l'enfant.

Considérons d'ailleurs la question sur un plan purement pratique :

Un enfant de « père et mère inconnus » peut donner à ceux qui l'élèvent de bien désagréables surprises en révélant au bout de quelques temps des tares physiques et morales, résultats d'atavisme insoupçonnables. Un ménage honorable, surtout s'il appartient à un certain rang, manifestera beaucoup de répugnance à s'engager ainsi à l'aveuglette dans les voies de la légitimation adoptive. Ils préféreraient

de beaucoup recueillir l'enfant de personnes qu'ils connaissaient saines de corps et d'esprit, décédées par exemple au cours d'un sinistre.

Dans les classes populaires moins prévoyantes et peu imbues de préjugés, il se rencontre plus d'une âme charitable pour recueillir et élever sous son toit un enfant ramassé dans la rue. Mais l'horreur des paperasseries et la crainte instinctive qu'éprouvent les pauvres gens à s'adresser au tribunal feront qu'ils n'auront jamais recours au procédé de la légitimation régulière.

Le principe du consentement facultatif de certains membres de la famille des légitimants peut, à la rigueur, se défendre en équité, mais, nous avons signalé en son temps, l'étrange théorie juridique d'une vocation successorale *ab intestat* subordonnée à l'attitude qu'ont pu avoir au cours de leur vie ces personnes à l'égard du légitimé par adoption.

Si l'on avait décidé que la légitimation était de plein droit opposable au moins aux collatéraux des père et mère, il est bien difficile de dire ce que l'équité perdrait au dépens de la clarté.

Le seul fait de ne pas avoir deshérité l'enfant par testament, comme c'est leur droit le plus strict, serait assez interprétatif de leur volonté. On objecte qu'en dépit de la publicité au moyen de la mention en marge de l'acte de naissance de l'article 369, ils auraient pu ignorer la légitimation et laisser comme héritier une personne dont ils ignoraient jusqu'à l'existence. Rien n'empêche d'établir tout d'abord une publicité

plus efficace. D'autre part, cela prouve également qu'ils vivaient dans un éloignement qui leur faisait ignorer peut être aussi l'existence de leurs héritiers légitimes.

Quant aux ascendants des légitimants par adoption, leur adhésion devant être expresse, l'inconvénient est moindre. Mais si les générations décèdent dans l'ordre normal, l'enfant légitimé par adoption retrouvera, dans la succession de ses père et mère, les biens laissés à leur mort par les ascendants de ceux-ci. Cela est également vrai en matière d'adoption. Peut-être verrons-nous plus tard affirmer hardiment que le seul fait du mariage des enfants faisant de la descendance une éventualité normale, les ascendants se verront imposer comme héritiers réservataires telle postérité légitime ou adoptive que leurs enfants auront choisie.

En résumé, l'adoption ordinaire procure à l'adopté des avantages matériels très substantiels et il est assez légitime de ne pas les étendre outre mesure, par exemple en l'appelant dans la succession des membres de la famille de ses adoptants, sauf si, ayant été recueilli dès son plus jeune âge, il a su gagner l'affection de ces personnes qui l'ont considéré comme leur parent.

C'est à ce dernier but que répond précisément la légitimation adoptive.

Dans la mesure où elle exige que l'enfant ait moins de cinq ans et bénéficie d'une demande conjointe par deux époux non séparés de corps, elle procède

d'une idée très objective et l'on admettrait qu'elle produise des effets encore plus étendus.

Mais en limitant le bénéfice aux enfants dont les parents sont inconnus, les rédacteurs du décret-loi se sont montrés plus romanesques que conscients des aspirations des candidats à l'adoption. Qu'on nous permette de rester sceptique sur le nombre des ménages qui se décideront à légitimer de la sorte un enfant trouvé ! S'il s'en présente encore pour répondre aux vœux du législateur, ils regarderont à deux fois avant de se lier irrévocablement au sort d'un enfant qui leur donnera peut-être bien des déboires. La parenté est moins une source de droits que de devoirs souvent impérieux et pénibles à remplir que ne compense pas ici la satisfaction d'avoir donné le jour. Surtout si l'on persiste à ne permettre la légitimation adoptive qu'en faveur des enfants de parents inconnus, on peut redouter, au bout de quelques années, l'apparition de tares héréditaires qui font regretter que la dignité humaine soit incompatible avec la théorie des vices rédhibitoires.

Ces dangers seraient moins à redouter si l'on étendait, comme nous le suggérons, le bénéfice de la légitimation adoptive aux enfants orphelins de père et mère, mais de parents parfaitement connus, qui trouveraient souvent, dans le cadre de la famille ou des amis très proches, un ménage sans postérité décidé à les recueillir. Mais cela ne suffirait pas encore à dissiper toute crainte pour l'avenir.

Supprimer comme condition l'âge maximum de

5 ans serait loin d'être le remède idéal. Sans doute cela permettrait aux candidats hésitants un stage d'essai sans risques, consistant à recueillir chez eux l'enfant pendant quelques années avant de procéder aux formalités légales (1). Cette sage pratique est d'ailleurs bien connue des adoptants, mais ce délai permettrait aux auteurs de l'enfant de procéder à une reconnaissance et de toute manière l'enfant ne subirait pas cette véritable « greffe », ne recevrait pas cette unité d'éducation qui font la base de la légitimation adoptive.

Le stage d'essai serait, au contraire, à recommander à condition d'être compris dans un tout autre sens. La légitimation adoptive n'aurait toujours lieu qu'en faveur d'un enfant de moins de 5 ans, mais elle comporterait une période préliminaire.

Cette période s'étendrait du jour du jugement ordonnant la légitimation jusqu'à un âge que nous laissons à préciser : au plus tard l'âge de la majorité, au plus tôt celui où l'enfant est censé capable de subvenir par lui-même à ses besoins.

Au cours de cet intervalle, les effets de la légitimation adoptive seraient réduits à ceux de l'adoption avec exclusion de la famille d'origine. Cela éviterait le danger d'une reconnaissance par les parents natu-

(1) Sur le stage d'essai, cf. les dispositions de la loi anglaise, *Act to make provision for the adoption of infants*, St. 16 et 17 Deo V, chap. 29 (n° vi), traduit dans *Ann. de législ. étrang.*, 1927, p. 293 et suiv. La loi anglaise fait du stage d'épreuve une mesure dépendant de l'appréciation de la Cour, et elle assigne un stage d'une durée maxima de 2 ans, ce qui est peut-être un peu insuffisant.

rels, mais permettrait encore aux époux légitimants de demander la révocation pour des motifs très graves. Quelque temps avant l'expiration de cette période, le président du tribunal ayant accordé la légitimation réunirait une sorte de conseil de famille où serait convoqué les époux légitimants ainsi que tous les membres de leur famille désignés à l'article 370.

Les époux légitimants seraient interpellés en premier lieu et auraient toute liberté pour répondre s'ils acceptent ou refusent d'assumer d'une manière définitive la charge de la légitimation adoptive. Cependant si leur refus ne s'expliquait pas par de *justes motifs* ou si l'état de l'enfant le nécessitait, le tribunal pourrait laisser subsister à son profit une créance alimentaire pendant un certain nombre d'années. L'intéressé également pourrait être appelé tout au moins pour donner son avis. En cas de désaccord entre les époux, l'enfant serait déclaré adopté purement et simplement par l'époux consentant.

En cas d'acceptation par les deux époux, les ascendants, frères, sœurs et descendants de ces derniers dûment cités seraient sommés de déclarer s'ils entendent adhérer à la légitimation. Ceux qui n'auraient pas répondu à la convocation ou ne se seraient pas fait représenter par un mandataire muni d'un acte authentique seraient déclarés non adhérents.

L'effet de toutes ces adhésions prendrait date au même jour, ce qui serait beaucoup plus clair et supprimerait également l'équivoque due à l'adhésion

tacite de certains collatéraux dont il importe d'interpréter l'attitude à l'égard de l'enfant.

Le seul inconvénient de ces modifications serait le risque du décès de ces parents au cours de la période préliminaire. Mais il ne nous semble pas que ce soit là un obstacle insurmontable. Il suffirait que ces personnes rédigent leur testament en faveur de l'enfant, mesure sur laquelle on peut toujours revenir et que le fisc leur accorde alors la faveur d'une exception supplémentaire à l'article 420 du Code d'enregistrement. Il ne faut pas oublier, d'ailleurs que les parents légitimants étant par hypothèse encore vivants, la question de la vocation successorale de l'enfant ne se posera pas normalement, l'enfant étant primé dans la succession de ces personnes par ses parents légitimants.

Telles seraient les réformes qui, à notre avis, s'imposeraient pour que notre institution puisse trouver auprès du public le succès qu'elle mérite à raison de son effort en faveur du regroupement de la famille.

Puisse l'avenir nous en donner confirmation !

VU :

VU :

Le Doyen de la Faculté de Droit, Le président de la thèse,
PIERRE LOUIS-LUCAS. MARC DESSERTAUX.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Dijon, le 20 novembre 1940.

Le Recteur,
E. SPENLÉ.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE :

<i>But de l'institution. Historique</i>	1
Droit romain	14
Ancien droit. Droit intermédiaire et contemporain	19
Décret-loi de 1939	25
Comment apparaît la légitimation adoptive ..	32

DEUXIÈME PARTIE :

<i>Etude de l'institution en elle-même</i>	39
Chapitre I. — Conditions de fond	41
Chapitre II. — Conditions de forme	52
Chapitre III. — Sanctions de ces conditions ..	60
Chapitre IV. — Effets de la légitimation adoptive	68
<i>a)</i> La légitimation adoptive restreinte	69
<i>b)</i> La légitimation adoptive étendue	81
Chapitre V. — Dispositions transitoires	97
APPENDICE : De l'exclusion de la famille d'origine	103
CONCLUSION	113

